

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BRUNA SANTOS MORIGGI**

**A EQUIVALÊNCIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO DIREITO  
SUCESSÓRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**FLORIANÓPOLIS - SC**

**2014**

**BRUNA SANTOS MORIGGI**

**A EQUIVALÊNCIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO DIREITO  
SUCESSÓRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal de Santa Catarina –  
UFSC como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. MSc. Renata Raupp Gomes

**FLORIANÓPOLIS – SC**


**2014**

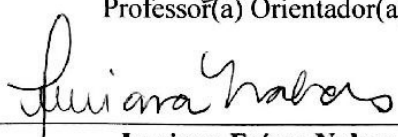
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A equivalência entre conjugue e companheiro no Direito Sucessório Brasileiro: análise da constitucionalidade do artigo 1790 do código civil de 2002**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bruna Santos Moriggi**, defendido em **04/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 4 de Dezembro de 2014

  
\_\_\_\_\_  
**Renata Raupp Gomes**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Luciana Faísca Nahas**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Vera Lúcia Teixeira**  
Membro de Banca

Dedico este trabalho aos meus avós Nair,  
Elpídio (*in memoriam*), Tereza e Clemente.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer é infinitamente mais difícil do que pedir. Agradecer requer que a pessoa seja humilde o suficiente para reconhecer os esforços de pessoas alheias que, em uma tentativa de tornar a pessoa melhor ou apenas de ajudar, jamais esperaram pelo agradecimento. A partir deste momento, eu gostaria que vocês soubessem da minha gratidão por ter por perto pessoas como vocês.

Mãe, eu agradeço por ter me encorajado a contar para o pai que eu não queria cursar Administração e Pai, obrigado por não ter permitido que eu desistisse do vestibular para Direito quando passei para o curso de Administração Pública. Brincadeiras a parte, agradeço, na verdade, pela confiança depositada para que eu fizesse minhas próprias escolhas e me tornasse quem eu gostaria de ser, e por não terem criado e alimentado expectativas de quem vocês queriam que eu fosse. Agradeço pelos carinhos e por não medirem esforços para que tudo isso fosse possível, além das piadas mal contadas que por vezes resultavam em risadas mal humoradas.

Aos irmãos Jubi e Rafa, obrigada pelos momentos que, por vezes, até conseguiram arrancar sorrisos sinceros, por mais raros que eles pudessem parecer. Espero que vocês sejam grandes na vida, e espero estar do lado de vocês para ver suas vitórias.

Vó, obrigada, acima de tudo, por acreditar na minha capacidade, possibilitar minha rotina e meus horários apertados e me lembrar a todo instante, inclusive nos momentos de descanso, que eu tinha que estudar. Sua presença é uma alegria para os meus dias.

Agradeço ao namorado Pedro, se é que ainda posso chamá-lo de maneira tão “simplória”, não só estar ao meu lado, mas todos os debates calorosos, que algumas vezes resultaram em brigas e lágrimas. Eu realmente entendo a importância deles para minha formação acadêmica e a sua para a minha vida.

Aos amigos de cursinho Fer e Robe, obrigado por acreditarem e incentivarem cada vestibular e cada possibilidade de ingresso em uma faculdade. Vocês foram companheiros brilhantes de estudos e tesouros proporcionados por um ano de estudo. Acreditem quando eu falo: teria sido imensamente mais difícil sem vocês.

Obrigada, também, aos colegas e amigas do curso de direito. Estranho admitir, mas algumas amigas são tão parecidas que poderiam ser “extensões de mim mesma” e outras tão diferentes, que em um primeiro momento achei que nunca daria certo... Ao final, perceber que algumas amizades eu poderei levar para vida, me deixa muito feliz.

Professora Renata, obrigada não só pelos ensinamentos e orientação, mas que, por demonstrar tanta alegria e paixão na matéria lecionada, fez com que eu me apaixonasse igualmente por este ramo do direito.

Por fim, agradeço à professora Luciana por fazer parte deste momento, cooperando para o aperfeiçoamento deste trabalho e à professora Vera por estar presente em dois dos cinco anos de trajetória, sempre ensinando, sendo amiga e contribuindo imensamente para meu aprendizado, não somente neste último momento.

*“O mundo não será destruído por aqueles que fazem o mal,  
mas por aqueles que os assistem e nada fazem.”  
(Albert Einstein)*

## RESUMO

MORIGGI, Bruna Santos. **A equivalência entre cônjuge e companheiro no direito sucessório brasileiro: análise da constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002**. 2014. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

Com advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a família tradicional, tal qual era conhecida ao longo dos anos, formada através do casamento, deixou de ser a única instituição familiar merecedora de proteção, pois, o artigo 226 da CRFB estendeu a proteção estatal tanto à união estável como às famílias monoparentais. Com essa disposição, a legislação infraconstitucional concedeu direitos até então não existentes às entidades familiares formadas a partir do afeto, e não através da chancela do Estado. No âmbito do direito de família, apesar da formação diferenciada, os direitos são equivalentes em sua maioria, entretanto, o direito sucessório deferido aos companheiros atualmente muito se difere do concedido aos cônjuges. Em um primeiro momento, com as Leis 8.971/94 e 9.278/96 os direitos dos companheiros eram praticamente iguais aos dos cônjuges, porém, posteriormente, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tem-se direitos sucessórios diversos para ambas as famílias. No presente trabalho, analisa-se as semelhanças e diferenças dessas entidades familiares protegidas pela CRFB – casamento e união estável - a partir do direito de família e os direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e companheiros pelos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil de 2002. Após, sugere-se um estudo de alguns princípios fundamentais aplicáveis ao direito de família e sucessões na tentativa de buscar uma solução apta a conciliar o tratamento sucessório deferido tanto aos companheiros como aos cônjuges. Por fim, o trabalho apresenta os principais argumentos prós e contras a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e suas aplicações pela jurisprudência.

**Palavras-chave:** Família. Casamento. União Estável. Sucessões. Afeto. (In)constitucionalidade



## ABSTRACT

MORIGGI, Bruna Santos. **The equivalence between spouse and partner in successive Brazilian law: an analysis of the constitutionality of Article 1.790 of the Civil Code of 2002.** 2014. 101 f. (Bacharelado em Direito – Área: Direito de Família e Direito das Sucessões) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

With the arrival of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, the traditional families, as it was known over the years, formed through marriage, is no longer the only family institution worthy of protection, thus, Article 226 of the CRFB extended state protection for stable families as well as for single parents families. With this provision/disposition, the infraconstitutional legislation granted, until then, unprecedented rights to family entities formed out of affection, and not through the seal of state rights. In the context of family rights, despite the differing forms, the rights are the same in most cases, however, the rights granted in succession to partners are currently very different from those granted to spouses. At first, with Laws n. 8.971 / 1994 and n. 9.278/1996, the rights of partners were nearly equal to those of spouses, however, later, with the introduction of the Civil Code of 2002 there have been different inheritance rights for both families. In this paper, we analyze the similarities and differences of these family entities protected by the CRFB - marriage and stable relationships - from family rights and the conferred inheritance rights of spouses and partners due to Articles 1790 and 1829 of the Civil Code of 2002. Following this, research of some fundamental principles applicable to family rights and a succession in the attempt to seek a suitable solution to reconcile the successive treatment granted to both spouses as companions are suggested. Finally, the paper presents the main pro and con arguments for the declaration of the unconstitutionality of article 1.790 of the Civil Code and its applications by jurisprudence.

**Keywords:** Family. Marriage. Stable Union. Successions. Affection. (Un)constitutionality

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LINDB	Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro
CC	Código Civil
Art.	Artigo

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – AS ENTIDADES FAMILIARES PROTEGIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O MATRIMÔNIO E A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	16
1.1. O casamento civil no Código Civil de 2002 .....	19
1.1.1. Plano de existência .....	23
1.1.2. Plano de validade.....	24
1.1.3. Plano de eficácia.....	29
1.2. O reconhecimento da união estável: laços de afeto .....	31
1.2.1. Requisitos essenciais à formação da união estável.....	34
1.2.2. Deveres, direitos e regime de bens .....	36
1.2.3. A configuração da União estável entre pessoas impedidas de casar .....	38
CAPÍTULO 2 - AS DIFERENCIAÇÕES ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.....	41
2.1. Evolução da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão.....	43
2.2. As Leis 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002.....	47
2.3. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002.....	51
2.3.1. Concorrência com descendentes.....	54
2.3.2. Concorrência com ascendentes e outros herdeiros .....	58
2.4. Posicionamento da doutrina a respeito da inclusão do companheiro como herdeiro necessário, em contraposição com a legislação vigente .....	62
CAPÍTULO 3 – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS INSTITUTOS DE DIREITO SUCESSÓRIO .....	65
3.1. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família.....	66
3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	67
3.1.2. Princípio da igualdade e respeito às diferenças .....	70
3.1.3. Princípios da liberdade e da não intervenção estatal .....	72
3.1.4. Princípio do pluralismo das entidades familiares .....	74
3.1.5. Princípio da afetividade .....	75
3.2. Argumentos em prol da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 .....	77
3.2.1. Julgados nesse sentido .....	81

3.3. Argumentos em prol da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002	85
3.3.1. Julgados nesse sentido .....	87
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	95

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar se a diferenciação existente na sucessão do cônjuge e do companheiro configura-se como discriminatória, acarretando na inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Durante um longo período, somente era considerada família merecedora de proteção estatal a relação estabelecida entre homem e mulher proveniente do casamento. Até o ano de 1977, quando foi instituída a Lei do Divórcio, a única possibilidade de separação que tinham os casais era o desquite, entretanto, tal instituto não possuía força suficiente para romper o vínculo jurídico proveniente do matrimônio, motivo pelo qual ficavam impossibilitados de contraírem novas núpcias. Apesar de a união estável não ter origem na impossibilidade de realização de novos matrimônios das pessoas desquitadas, entre esses indivíduos esta era a única opção viável para nova constituição familiar.

Decorrido o lapso temporal, a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 é considerada um marco para o Direito de Família brasileiro, uma vez que rompeu com o modelo tradicional, reconhecendo as uniões livres, chamadas de uniões estáveis. Nesse contexto, o artigo 226 da CRFB estabelece que a família, de maneira geral, deve ter proteção do Estado por ser considerada a base da sociedade. Além de proceder ao alargamento do conceito de família, o referido artigo trás outras importantes disposições, como a necessidade de observância de uma série de princípios aplicáveis às instituições familiares como da dignidade humana, livre planejamento familiar, pluralidade das formas familiares, afetividade, dentre outros.

A Carta Constitucional, apesar de funcionar como instrumento norteador, não esgotou o tratamento dos direitos entre conviventes na união estável, personagens ausentes no Código Civil de 1916. Por este motivo, após sua promulgação duas leis foram editadas (Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996) na tentativa de regulamentação do instituto.

O Código Civil de 2002, lei infraconstitucional responsável por sedimentar o tratamento jurídico da união estável, não atingiu as expectativas depositadas. Além de não esgotar as discussões a respeito dos direitos dos companheiros, sejam eles sucessórios ou questões de direito de família; seu Anteprojeto datava o ano de 1975, quando a família protegida e reconhecida ainda era a patriarcal e formada através do casamento.

Nesse contexto, há inúmeras questões que são debatidas pela doutrina e jurisprudência a respeito da extensão dos efeitos do artigo 226, § 3º da CRFB, pois, ao passo que a Constituição parece abarcar todas as formações familiares em seu conceito de entidade que deve ser protegida, a legislação infraconstitucional confere diferentes direitos. Dessa maneira, a discussão que se tem é se houve, ou não, equiparação do casamento e da união estável pelo Constituinte para fins jurídicos, ou se apenas reconheceu-se as relações fáticas como espécie intermediária de entidade familiar, abaixo da constituída pelo casamento.

Toda a discussão apresentada, ainda que de âmbito familiar, incide diretamente no campo do direito sucessório. O conflito central do trabalho reside no seguinte fato: o casamento e a união estável são instituições familiares equiparadas pela Constituição de 1988? Se admitida a equiparação dos institutos, seria vedado ao legislador infraconstitucional conferir direitos diferenciados ao cônjuge e ao companheiro e o artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão dos companheiros, estaria em discordância com o ordenamento jurídico constitucional. Não sendo possível a equiparação, no entanto, inviável a alegação de inconstitucionalidade da norma.

Para tanto, com intuito de estudar a respeito da equiparação das entidades familiares, no primeiro capítulo propõe-se um estudo de ambas as instituições a partir do Direito de Família contemporâneo e uma análise das igualdades e diferenças. Em um primeiro momento, além da apresentação dos requisitos necessários para a formalização do casamento, faz-se necessário o estudo dos pressupostos necessários para que o casamento seja considerado existente, válido e eficaz, uma vez que esta formação familiar exige uma série de formalidades para se constituir. A união estável, por sua vez, por ter como base o afeto, a chancela estatal é descartada, porém, para que se forme o Código Civil exige que estejam presentes uma série de requisitos essenciais.

No campo do direito sucessório, o trabalho pretende fazer um estudo acerca da sucessão do cônjuge e do companheiro. O segundo capítulo, além de discorrer a respeito das leis infraconstitucionais dos anos de 1994 e 1996, quando o companheiro teve seu direito sucessório basicamente igualado ao dos cônjuges, avalia a validade das leis no ordenamento atual, propondo um estudo da sucessão entre os companheiros.

No último capítulo será feita uma análise dos princípios fundamentais aplicáveis ao direito de família e sucessões na tentativa de buscar-se uma solução que concilie o tratamento deferido ao cônjuge e ao companheiro. Em um segundo momento, procede-se a

sistematização dos principais argumentos apresentados pela doutrina pró e contra a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, bem como à apresentação de jurisprudências com aplicação prática das teses examinadas.

Por fim, cabe ressaltar que o trabalho se desenvolverá a partir do método dedutivo em conjunto com a comparação de leis e normas que possibilitem maior entendimento do Direito de Família e Sucessões relativo aos companheiros e cônjuges. Pretende-se comparar também as opiniões e ensinamentos de diversos autores, buscando-se maior abrangência do tema. As pesquisas, por sua vez, realizar-se-ão através de documentação indireta, com a utilização de fontes doutrinárias, precedentes jurisprudenciais e legislação ordinária.

## **CAPÍTULO 1 – AS ENTIDADES FAMILIARES PROTEGIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O MATRIMÔNIO E A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Durante anos, o conceito de família foi utilizado exclusivamente para a relação entre homem e mulher proveniente do matrimônio. Da mesma forma, as Constituições Brasileiras durante longo período protegeram apenas essa formação familiar. Entretanto, atualmente, pensar em família não deve ser algo automático a ponto de nos trazer à mente o modelo convencional de um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, com filhos.

O princípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 é o da dignidade humana. O compromisso do Estado para com todos os cidadãos deve basear-se também nos princípios de igualdade e liberdade, vez que constam em seu preâmbulo<sup>1</sup>. No momento em que assegura a igualdade de todos perante a lei<sup>2</sup>, assume o compromisso de promover os direitos sociais sem preconceitos ou quaisquer discriminação, não podendo ignorar as minorias ou as formações familiares diferenciadas.

A promulgação da CRFB serve como marco no direito de família brasileiro, pois, pela primeira vez, rompeu com modelo tradicional, matronimonializado e patriarcal, reconhecendo, constitucionalmente, outras entidades familiares. Em detrimento ao modelo convencional, anteriormente aceito como única forma de constituição familiar, a família contemporânea configura-se pela pluralidade de núcleos, em variadas formas. Dispõe Maria Berenice Dias que

a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada. As modificações da realidade acabam refletindo na lei, que cumpre sua vocação conservadora. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a natural<sup>3</sup>.

A lei não havia, inicialmente, preocupado-se em estabelecer um conceito de família, apenas a identificava com o casamento. Essa omissão excluía do âmbito jurídico todos os

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º.

<sup>3</sup>DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.



demais vínculos que tivessem como origem o afeto puro e que levava a comunhão de vidas, como afirmado por Maria Berenice<sup>4</sup>.

A legislação constitucional de 1988 mostra-se de suma importância para o direito de família, pois, procedeu ao alargamento do conceito de família, em face da realidade imposta ao legislador, que se mostrou obrigado a reconhecer e regulamentar as relações formadas sem a chancela estatal (casamento). Levando-se em conta os sentimentos, responsabilidades necessárias e o afeto existente entre os membros de um mesmo grupo familiar, deixou o direito de exigir a existência de um par para formação familiar<sup>5</sup>.

Em nítida referência ao princípio da proteção do Estado à família, assegurado no artigo XVI 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>6</sup>, a Constituição garante que a família terá especial proteção do Estado, por ser entendida como base da sociedade (art. 226, caput).

No entanto, a principal evolução da Constituição Federal de 1988 vem estampada nos parágrafos do artigo 226, em especial no 1º, 3º, 4º, 5º, 7º, nos quais expressamente classifica como entidade familiar os grupos oriundos do casamento, da união estável e da relação de quaisquer dos pais e seus filhos, além de impor a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges independentemente do sexo e o livre planejamento familiar, *in verbis*:

Art. 226

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas<sup>7</sup>.

Há autores, como Fábio Ulhoa que defendem, em síntese, a existência de entidades familiares constitucionais e não-constitucionais. As primeiras seriam aquelas expressamente

---

<sup>4</sup>*Id. Ibid.* p. 43

<sup>5</sup>*Id. Ibid.* p. 37

<sup>6</sup>DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Artigo 16.3: A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado.

<sup>7</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 226.

previstas na Constituição, artigo 226 (união estável, família monoparental e formada a partir do casamento), enquanto as segundas são demais formações livres. Indo além, o autor afirma que as famílias não constitucionais devem ser reconhecidas e protegidas como tal, mostrando-se inconstitucional qualquer disposição em contrário<sup>8</sup>.

Paulo Lôbo defende que, por não constar no *caput* referência a nenhum tipo de família específica, como aconteceu nas Constituições Brasileiras anteriores, os parágrafos não devem ser entendidos como cláusulas de exclusão, sendo possível, então, a interpretação ampla da norma e aplicação de seus efeitos jurídicos. Para completar, o doutrinador entende que se considerando o princípio do melhor interesse da pessoa, não é possível a proteção apenas algumas entidades familiares, vez que a exclusão legal comprometeria a realização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>9</sup>.

Assim, parece correto afirmar que não traz a Constituição um rol exaustivo das entidades protegidas e sujeitas ao direito de família, mas demonstra, além da importante abertura do direito à realidade social, as principais características, sem as quais, não se configuram as instituições familiares, constitucionais ou não, a saber:

- a) Afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) Estabilidade, excluindo-se relacionamentos causais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida,
- c) Convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente<sup>10</sup>.

Com opinião semelhante, Maria Berenice explica que, a partir da visão pluralista do arranjo familiar, o desafio é encontrar o elemento que possibilite enlaçar no contexto família os relacionamentos que tenham origem em um elo de afetividade que resulte em confusão patrimonial e responsabilidade e comprometimento recíprocos<sup>11</sup>. Ou seja, os núcleos familiares atuais, sejam eles expressos ou não na Constituição, são como instrumentos, pelo qual as pessoas que o compõe podem crescer e desenvolver-se de maneira livre, adequando-os à sua maneira e sua ideia de vida.

---

<sup>8</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. V. 5 – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120-121

<sup>9</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82 e 84

<sup>10</sup>*Id.* *Ibid.* p. 80.

<sup>11</sup>DIAS. Op. Cit., p. 43

Em síntese, as mudanças sociais, dos costumes e o próprio decorrer do tempo fizeram com que a formação familiar atual, juridicamente aceita a partir das inovações da Constituição Federal de 1988, não se configure unicamente pelos laços sanguíneos, mas, principalmente, pelo afeto demonstrado entre os pares.

### **1.1. O casamento civil no Código Civil de 2002**

Há doutrinador que defina casamento como ato jurídico negocial solene, público e complexo, pelo qual duas pessoas manifestam sua vontade de constituírem família e compartilharem vidas, através do reconhecimento do Estado<sup>12</sup>.

Maria Helena Diniz, por sua vez, conceitua o casamento como “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família<sup>13</sup>”.

Na opinião de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona<sup>14</sup>, para o desenvolvimento satisfatório de um conceito de casamento, necessário é o estudo da sua natureza jurídica.

Inicialmente, esclarecem que mesmo sendo ato em que a participação de um servidor do Estado é indispensável, não é possível o entendimento de que seria instituto de Direito Público ou ato administrativo. Excluindo as alternativas anteriores, faz-se mister saber se dentro do Direito Privado, teria o casamento natureza contratual ou não.

Os autores entendem que o casamento é um contrato especial de direito de família, com a características essencial de todos os contratos, o consentimento. No momento da cerimônia, a participação da autoridade serviria unicamente para declarar a união oficial, pois no plano jurídico, a formação familiar teria se perfectibilizado com a manifestação de vontade do casal.

Caio Mário da Silva Pereira tem o mesmo entendimento:

---

<sup>12</sup>LÔBO, Paulo. Op. Cit., p. 99

<sup>13</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família, 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

<sup>14</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, v. 6: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116-118.

O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um contrato especial dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por eles criadas<sup>15</sup>.

Não há um conceito pronto e unânime de casamento, mas dentre todos os entendimentos divergentes, surge uma maioria que o classifica como uma relação essencialmente contratual entre os cônjuges, posto que só será um ato perfeito com a declaração de vontade de ambos.

O Código Civil não define casamento, porém o artigo 1.511 dispõe aquilo que seria, ao entender da doutrina, a finalidade do matrimônio: *estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*.

É certo, no entanto, que além de abranger a cerimônia ou ato constitutivo, o termo casamento também significa a relação jurídica que dele se origina, tanto que o estado civil dos nubentes passa para o *status* de casados. Através da relação complexa que é o casamento, os pares assumem com ela uma série de direitos e deveres que transcendem a esfera pessoal.

Até o ano de 1889, ano de proclamação da República, o casamento religioso era a única forma de constituição de família. O casamento civil, por sua vez, surgiu e teve aceitação do Estado somente em 1891. Em 1890, o Governo Provisório editou o Decreto n. 181 que estabeleceu o casamento civil e configurou o rompimento do Estado com a Igreja, negando qualquer efeito ao casamento religioso. O mesmo Decreto chegou a proibir a celebração religiosa, estabelecendo pena de prisão de seis meses ao ministro religioso que a realizasse. A Constituição de 1891, artigo 72, §4º estabeleceu que a República somente reconheceria o casamento civil.

Somente com a Constituição de 1934 (artigo 146), a celebração de casamento perante ministro religioso voltou a ser permitida. A Constituição de 1988 garantiu a possibilidade de que haja casamento religioso produzindo efeitos civis (artigo 226, § 2º<sup>16</sup>). Mesmo que seja admitida a duplicidade de formas o casamento, com seus efeitos e requisitos, é regido pelo Código Civil.

Havendo o casamento religioso, para que ele tenha efeitos civis é necessário que sejam respeitados os pressupostos estabelecidos no Código Civil. O artigo 1.515 do CC ensina que o

---

<sup>15</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direito de Família, 11 ed., Rio de Janeiro, v.1 p. 36.

<sup>16</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988 - Art. 226, § 2º.

casamento religioso deve respeitar a todas as exigências da lei para ter validade de casamento civil, sendo necessário o registro da celebração para que produza efeitos desde então. Por sua vez, o art. 1.516 esclarece que o casamento religioso se submete a todas as regras exigidas do casamento civil. A habilitação, exigida aos casamentos puramente civis, pode ser requerida antes ou depois da celebração do ato, e após a celebração, os nubentes ainda devem proceder à inscrição no Registro Civil de Pessoas Naturais, nos termos da lei<sup>17</sup>. No caso de prévia habilitação para o casamento religioso, o registro deverá ser efetuado dentro do prazo de 90 dias, porém, quando a habilitação e o registro mostram-se posteriores e tardios, os efeitos civis retroagem à data da cerimônia.

O casamento civil, por sua vez, é aquele realizado perante o oficial do Cartório de Registro Civil e na presença de testemunhas, por ser ato solene, sendo igualmente necessária a habilitação. Em síntese, a habilitação é um procedimento administrativo, previsto no Código Civil e na Lei de Registros Públicos, pelo qual o Oficial do Registro Civil verifica a presença dos requisitos exigidos para existência e validade do ato. Após a publicação de um edital de proclamas, não havendo oposição de qualquer tipo, o Oficial confere aos nubentes uma Certidão de Habilitação, com prazo de 90 (noventa) dias<sup>18</sup>. Na hipótese de haver impugnação do edital, a habilitação deve ser submetida ao juiz<sup>19</sup>.

A capacidade para o casamento pode ser plenamente exercida aos 18 anos por ambos os sexos. Entretanto, o Código Civil<sup>20</sup> estabelece que quando completados os 16 anos (idade núbil), os indivíduos podem se casar, desde autorizados pelos pais ou representantes legais. Sendo necessária a autorização dos pais para a celebração do matrimônio, ambos os genitores devem estar de acordo. Caso um deles não permita, é possível o suprimento judicial,

---

<sup>17</sup>BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhe forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação. (Renumerado do art. 72 pela Lei nº 6.216, de 1975). Art. 74. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprimindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração. (Renumerado do art. 75, pela Lei nº 6.216, de 1975).

<sup>18</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit., p. 175-179.

<sup>19</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.526, parágrafo único.

<sup>20</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.517

oportunidade na qual o regime de bens do casal será obrigatoriamente o da separação legal de bens<sup>21</sup>.

Excepcionalmente, a legislação permite o casamento aos menores de 16 anos. A primeira hipótese é no caso de a noiva estar grávida. Nas sábias palavras de Paulo Lôbo muitos segmentos da sociedade brasileira deixaram de entender como impositivo o casamento nos casos de gravidez, valorizando-se a realização afetiva da mãe, ainda que solteira. Em contrapartida, a lei tenta “contemplar” a moral dominante, para a qual o casamento promove a aceitação social da menor após o vexame provocado<sup>22</sup>.

A segunda hipótese seria para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal. Porém, os artigos do Código Penal que previam este tipo de extinção de punibilidade foram revogados em 2005 e o crime de violência presumida foi “substituído” pelo delito de estupro de vulnerável. Esta infração, no entanto, é processada mediante ação penal pública e incondicionada, tornado incompatível a disposição cível que afasta a imposição de pena.

Na opinião de Maria Berenice Dias

Admitir o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal nada mais significava do que cancelar o estupro, absolvendo o autor de um crime hediondo, agravado pelo fato de a vítima ser adolescente [...] em boa hora foi afastada a possibilidade de transformar a mulher em excludente de criminalidade<sup>23</sup>.

A celebração do casamento restará perfeita após os nubentes expressarem seus consentimentos e a declaração da autoridade celebrante. Depois da realização da cerimônia, lavrar-se-á o ato no livro de registros, com as assinaturas dos noivos, das testemunhas, da autoridade presente no ato e Oficial do Registro.

O tema casamento, por ser muito complexo, é dividido por autores em três planos: plano de existência, plano de validade e plano de eficácia<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.641, inc. III

<sup>22</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 105

<sup>23</sup>DIAS. Op.cit., p. 157

<sup>24</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 198-199

### 1.1.1. Plano de existência

O estudo do plano da existência consiste em uma análise, de forma geral, dos elementos indispensáveis aos negócios jurídicos, sem os quais não haveria a possibilidade de falar em validade ou eficácia do matrimônio.

O consentimento ou manifestação recíproca de vontades e a celebração por autoridade competente são imprescindíveis para a existência do casamento. Há autores<sup>25</sup> que incluíam neste rol a diversidade de sexo entre os nubentes, porém, tendo em vista a evolução jurisprudencial e a mais recente resolução do Conselho Nacional de Justiça<sup>26</sup> a respeito, não é mais possível o entendimento de que seria obrigatória tal condição.

Nos negócios jurídicos, de maneira geral, a vontade pode ser manifestada de forma expressa ou tácita, sendo o silêncio, a ausência de manifestação de vontade, que importará anuência quando não proibido em lei<sup>27</sup>. Entretanto, a manifestação de vontade no casamento deve ser expressa e recíproca, não podendo ser o silêncio interpretado como consentimento. Isto porque, dispõe Gagliano<sup>28</sup>, o silêncio será interpretado como recusa e a autoridade competente suspenderá o ato.

Tamanha importância do consentimento do casal vem estampada no artigo 16.2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual prevê que “o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos”. Neste diapasão, Decreto n. 66.605, de 20 de maio de 1970<sup>29</sup>.

A respeito da celebração por autoridade competente, temos que, como o casamento pode ser civil ou religioso com efeitos civis, essa autoridade pode variar. São competentes para a celebração tanto os ministros religiosos de religiões socialmente reconhecidas<sup>30</sup>, como os juízes de paz ou de direito, dependendo da Lei de Organização Judiciária de cada Estado.

<sup>25</sup>“O casamento tem como pressuposto inafastável a diversidade de sexo. Só se casam homem e mulher”- COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 29.

<sup>26</sup>Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013

<sup>27</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 111

<sup>28</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 204.

<sup>29</sup>BRASIL. Decreto nº 66.605, de 20 de maio de 1970. Promulga a Convenção sobre consentimento para casamento. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF.

<sup>30</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op.cit., p. 212

O Código Civil, através da chamada Teoria da Aparência, reconhece a existência do casamento celebrado por autoridade legalmente incompetente, mas que exerça publicamente as funções de juiz de casamentos e que tenha registrado a celebração no Registro Civil<sup>31</sup>.

É o consentimento dos nubentes e a declaração da autoridade celebrante competente que perfectibiliza o ato e o torna existente no âmbito do direito de família.

A declaração da autoridade civil celebrante (juiz de direito ou juiz de paz) é ato formal que conclui a celebração do casamento, não podendo ser omitida ou simplificada, pois seus termos são fixados na lei (artigo 1.535 do Código Civil). A declaração confirma que os nubentes manifestaram livremente suas vontades em se receberem como marido e mulher e a invocação da lei para dizer que estão casados [...] no casamento religioso, a declaração do celebrante não corresponde à do casamento civil, pois ele não a faz “em nome da lei”, mas da divindade ou da organização religiosa correspondente [...] neste caso, a declaração é reconhecida pelo direito, que lhe empresta os efeitos jurídicos necessários<sup>32</sup>.

Quando faltar ao casamento os pressupostos mencionados, ele não será considerado nulo, nem mesmo anulável, isto porque não chegou a ser um matrimônio, nunca existiu juridicamente<sup>33</sup>. Assim, o casamento inexistente não seria passível de ratificação, pois inviável o reconhecimento ou confirmação de algo que não existe.

### 1.1.2. Plano de validade

O plano de validade do casamento possui três perspectivas diferentes: casamento nulo, casamento anulável e casamento putativo. Não terão validade aqueles casamento contraídos com desrespeito aos impedimentos matrimoniais legalmente instituídos<sup>34</sup>. De maneira ampla, às condições necessárias à validade do casamento dizem respeito à capacidade matrimonial dos nubentes, seu *status* familiar e à sua situação sob o prisma da moralidade pública<sup>35</sup>.

O rol dos impedimentos matrimoniais está elencado no artigo 1.521 do Código Civil de 2002, o qual possui a seguinte redação:

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.554

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 116

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 56

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.521

<sup>35</sup> DUSI, Bartolomeo. *Istituzione di diritto civile*, 5 ed. v. 1, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 5: Direito de Família, 24 ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.



Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Observe-se que o *caput* do artigo não dá opção, sendo, portanto, locução imperativa, que não deixa dúvida quanto à antijuridicidade do ato<sup>36</sup>.

Nos termos do inciso I, são proibidos de casar os ascendentes e descendentes que possuam relação de parentesco natural (vínculo consanguíneo) ou civil (vínculo afetivo). A fundamentação da proibição está relacionada à regras biopsicológicas, tentando-se evitar a transmissão de doenças hereditárias de caráter recessivo, por exemplo<sup>37</sup>. No inciso II proíbe-se o matrimônio entre afins em linha reta, ou seja, um indivíduo não está autorizado a se casar com os parentes em linhas reta do seu (ex) cônjuge. O vínculo de afinidade em linha reta não cessa nem mesmo após a dissolução do casamento anterior. Entende-se que esse impedimento fundamenta-se na preservação de valores e no equilíbrio familiar, “especialmente pelo fato de os afins em linha reta ocuparem posições próximas às de pai ou mãe, de filha<sup>38</sup>”.

O terceiro impedimento diz respeito ao casamento do adotante com quem foi esposa ou marido do adotado. É hipótese que decorre de adoções realizadas por apenas um dos cônjuges e tem razão de ser na moral<sup>39</sup>. O quarto inciso proíbe as núpcias entre irmãos e colaterais até quarto grau, inclusive. Segundo Paulo Lôbo

O impedimento alcança não somente irmãos consanguíneos unilaterais e bilaterais, mas os de origem adotiva, de inseminação artificial heteróloga e de posse do estado de filiação, porque não pode haver qualquer distinção entre eles em razão da idêntica razão moral<sup>40</sup>.

<sup>36</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 223

<sup>37</sup>*Id. Ibid.*, p. 224

<sup>38</sup>*Id. Ibid.*, p. 225

<sup>39</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit, p. 109

<sup>40</sup>*Id. Ibid.* p. 109

A respeito do casamento entre tios e sobrinhos, no entanto, o Código Civil de 2002 não teria revogado o artigo 2º do Decreto Lei n. 3200/41<sup>41</sup>, o qual permite o casamento perante a existência de laudo médico que demonstre ausência de risco genético para a prole, ou mesmo a Lei n. 5.891/73<sup>42</sup> que regulamentaria tal exame.

Entretanto, divergem autores como Paulo Lôbo<sup>43</sup> e Pablo Gagliano<sup>44</sup> a respeito da revogação deste Decreto Lei. Isto porque, explica o primeiro autor, o artigo 2º Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro explica que a lei posterior revoga a anterior, quando a matéria regulada seja a mesma. Por não haver nenhuma ressalva no respectivo inciso, entende o autor que não é possível o casamento, mesmo com a apresentação dos exames médicos. Acrescenta ainda que tal disposição fazia “sentido na sociedade pouco urbanizada e com controle rígido das escolhas matrimoniais pelos pais”.

Gagliano, no entanto, esclarece que o decreto permaneceria em vigor, possibilitando o casamento entre tios e sobrinhos, parecendo esta a melhor opção, que vai, inclusive, ao encontro do Enunciado 98 da I Jornada de Direito Civil<sup>45</sup>.

No inciso V, expressa esta a proibição de casarem-se o adotado e o filho do adotante. Desnecessária, porém, a disposição, uma vez que a Constituição Federal de 1988 (artigo 227, § 6º) equipara os filhos adotivos e os biológicos. Não há, constitucionalmente, distinção entre os filhos. O sétimo impedimento obsta o casamento entre pessoas casadas, com intuito de coibir a bigamia. O casamento dissolve-se somente pela morte ou pelo divórcio, ou seja, não havendo o rompimento do vínculo matrimonial anterior, impossível que se contraia novo matrimônio.

---

<sup>41</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 3200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Art. 2º- Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspensão, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio. Disponível em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126695/lei-de-organizacao-e-protecao-da-familia-decreto-lei-3200-41#art-24>>.

<sup>42</sup>BRASIL. Lei nº 5.891, de 12 de junho de 1973. Altera normas sobre exame médico na habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF.

<sup>43</sup>LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 110

<sup>44</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 229

<sup>45</sup>JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV, V. Enunciados aprovados. Brasília, DF: Enunciado 98 - O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

Por fim, o último impedimento diz respeito ao casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra a vida do consorte. Para que seja proibido o casamento, no entanto, necessário é que o homicídio tenha sido doloso e tenha havido o trânsito em julgado da decisão, não importando se tenha havido cumplicidade entre as partes.

Os impedimentos acima descritos podem ser opostos até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz, motivo pelo qual as portas do local da cerimônia devem estar abertas. Caso o juiz tenha conhecimento de algum impedimento, deve declará-lo, por se tratar de matéria de ordem pública. O casamento será declarado nulo, nos termos do artigo 1.548 do Código Civil de 2002, quando contraído com inobservância dos impedimentos legais ou por enfermo mental desprovido de discernimento. Exige-se para tanto a propositura de ação direta de nulidade (artigo 1.549), ação está que é imprescritível e terá eficácia retroativa (*ex tunc*).

Superadas as causas de anulação do casamento, o artigo 1.550 do Código Civil estabelece em que hipóteses o casamento será anulável. As causas de anulabilidade do casamento previstas são em número de sete, a saber: de quem não completou a idade mínima para casar (inc. I); do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal (inc. II); por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558 (inc. III); do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento (inc. IV); realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges (inc. V); por incompetência da autoridade celebrante (inc. IV).

A causa do inciso III trata dos vícios de vontade. Para a existência do casamento, necessário que haja manifestação de vontade do casal, entretanto, esta vontade deve ser livre e consciente. Combinando-se o artigo 1.550, inc. III com os artigos 1.556 e 1.558 do Código Civil, teremos que será anulável o casamento quando houver erro essencial sobre a pessoa de um dos cônjuges ou coação. Em breve consideração a respeito do erro sobre a pessoa do outro, Pablo Gagliano S. e Rodolfo P. Filho explicam que “esse erro deve ser de tal impacto que torne insuportável a vida comum ao cônjuge enganado, uma vez que, não sendo assim, prejuízo não haveria, e, como se sabe, ausente o dano, inexistente é a nulidade<sup>46</sup>”.

---

<sup>46</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 245.

A respeito da coação, os mesmo autores entendem que quando ela for física, neutraliza por completo a vontade de um dos indivíduos, tornando o ato inexistente, por falta o pressuposto da manifestação de vontade. Por outro lado, quando moral, a vítima manifesta sua vontade de maneira viciada, tornado passível de anulação o casamento.

A diferença substancial entre as causas de nulidade e anulabilidade é a possibilidade de convalidação do casamento anulável com o decurso do tempo, o que não acontece no primeiro<sup>47</sup>. A legitimidade ativa para pedir a invalidação nos casos de anulabilidade será prevista em lei para as hipóteses legais. A sentença que anula o casamento terá efeitos ex tunc, retroagindo à data da cerimônia, invalidando todos os atos comuns da vida dos nubentes, que retornam ao *status* de solteiros.

Entretanto, a legislação (artigo 1.561 Código Civil de 2002) aceita que, estando um ou os dois cônjuges de boa fé, por exemplo, desconheciam os impedimentos ou causas de anulabilidade, a sentença que desconstituir o casamento tenha efeitos futuros. Essa possibilidade jurídica recebe a denominação de casamento putativo, e é assim conceituada por Gagliano: “matrimônio que, contraído de boa-fé por um ou ambos os consortes, posto padeça de nulidade absoluta ou relativa, tem seus efeitos jurídicos resguardados em favor do cônjuge inocente<sup>48</sup>”. De forma breve, nos casos em que houver o reconhecimento da putatividade do casamento, o matrimônio, mesmo que inválido, produzirá efeitos de como se válido fosse, até o trânsito em julgado da sentença de anulação.

Em síntese, o plano de validade o casamento pressupõe a existência do ato, e pode ocorrer tanto por motivo de causas de nulidade ou de anulabilidade. A legislação infraconstitucional, no entanto, reconhecerá os efeitos do casamento válido até a decretação da invalidade àqueles em que houver boa-fé de um, ou de ambos os cônjuges, seja por desconhecimento dos impedimentos ou quaisquer outros motivos.

---

<sup>47</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 60

<sup>48</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit., p. 269

### 1.1.3. Plano de eficácia

Os direitos e deveres decorrentes do casamento, anteriormente à Constituição Federal de 1988, não se pautavam pela igualdade entre homens e mulheres, mas pela postura hierárquica do *pater*, como provedor da família. O poder marital do patriarca em âmbito doméstico no direito romano englobava além do direito de poder castigar ou repudiar a mulher, o direito de vida ou morte<sup>49</sup>.

Entretanto, pode-se dizer que houve uma mudança de paradigmas, consumada pela Constituição Federal de 1988 que dispôs a respeito da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges<sup>50</sup>, promovendo uma horizontalização, que elevou a mulher à colaboradora e corresponsável pela organização e provimento familiar.

Alerta Paulo Lôbo que o paradigma atual tem sua base “na dignidade da pessoa humana de qualquer integrante da família, na solidariedade, na convivência familiar, na afetividade, na liberdade e, sobretudo na igualdade”<sup>51</sup>.

Como deveres dos cônjuges, o artigo 1.566 do Código Civil de 2002 prevê: fidelidade recíproca (inc. I); vida em comum, no domicílio conjugal (inc. II); mútua assistência (inc. III); sustento, guarda e educação dos filhos (inc. IV); respeito e consideração mútuos (inc. V). Algumas críticas são devidas aos deveres legalmente previstos.

A fidelidade recíproca ao qual o artigo faz referência, historicamente, era entendida como a proibição de manter-se relações sexuais com terceiros estranhos ao casamento, principalmente para controle da sexualidade feminina, na tentativa de se evitar dúvidas em caso de gravidez<sup>52</sup>. É importante que a análise do inciso seja feita com base nos valores atuais da sociedade. O casamento em si deve ser compreendido não como um instrumento de repressão sexual, mas como comunhão de vida, de afeto. É arriscado querer o legislador querer impor aos casais a observância de um dever tão íntimo e de pouca importância ao

---

<sup>49</sup>KASER, Max. *Direito Privado Romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 319, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, p. 278

<sup>50</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 226, § 5º.

<sup>51</sup>LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 136

<sup>52</sup>*Id. Ibid.* p. 143

Estado. A fidelidade entre os pares deve ser um valor e não um dever, não devendo ainda ser considerado somente à luz de relações sexuais<sup>53</sup>.

Quanto à vida em comum no domicílio conjugal, devemos entender a convivência não em sentido estrito, mas abrangendo convivência de esforços, relacionamento sexual, trabalhos, desejos... Não parece que o artigo determine a comunhão do mesmo lar, pois, assim sendo, haveria constantemente desrespeito nos dias atuais, haja vista que há casais que, por motivos diversos, residem em locais diferentes, sem necessariamente separarem-se. Acredita-se que o intuito do legislador seja no sentido de vedar que um dos cônjuges abandone o lar, amplamente entendido, “sem motivo justificado e contra a vontade de seu consorte”<sup>54</sup>.

Com relação ao ato sexual como dever decorrente do casamento, tal entendimento somente se justificaria se interpretado à luz do direito de família patriarcal. Em tempos modernos, “a união sexual não deve ser condição formal para formação do casamento, mas um efeito natural dele”<sup>55</sup>.

O dever de mútua assistência decorre do princípio da solidariedade familiar e ultrapassa o cunho meramente material/patrimonial, devendo integrar-se a um ideal maior, de assistência moral, psíquica, espiritual. A assistência material, quando desrespeitada enseja demandas judiciais a serem propostas pelo cônjuge necessitado. O dever de sustento, guarda e educação dos filhos, mostra-se deslocado no Código Civil, uma vez que intrínseco à condição de pais, sejam eles casados, separados, companheiros ou solteiros. Com o fim da função procriadora do casamento, é um dever que não deve mais ser do casamento.

Por último, o dever de respeito e considerações mútuos resume muitas disposições e objetivos dos deveres anteriores. Ou seja, conclui-se que seria suficiente que o Estado dispusesse apenas que os cônjuges devem respeito e assistência uns aos outros, pois os demais, ou invadem uma grande área da esfera da intimidade dos casais, ou encontram-se deslocados.

---

<sup>53</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit., p. 289

<sup>54</sup>*Id. Ibid.* p. 298

<sup>55</sup>LÔBO, Paulo. Op. Cit., p. 145.

## 1.2. O reconhecimento da união estável: laços de afeto

“Apesar do nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram<sup>56</sup>”. Nos casos de indissolubilidade do casamento, característica que perdurou até a Lei do Divórcio em 1977, a união estável era a única possibilidade encontrada pelos desquitados, que apesar de separados, não tinham o vínculo matrimonial desfeito. Explica-se. Tem-se o casamento em sua essência como um ato de amor, entretanto, o amor e o afeto parece ser o que mais faltou às entidades familiares ao longo de seus anos de evolução. Inicialmente, as famílias eram formadas com intuitos distintos, sejam eles reprodutores, econômicos, religiosos... A indissolubilidade do casamento demonstra que o afeto era o menos importante. Com a impossibilidade do término do vínculo conjugal, o chamado concubinato era uma alternativa àqueles que, embora impedidos de casar por já terem estado civil de casados, viviam em situação de convivência de fato<sup>57</sup>. É necessário, porém, reconhecer que essas uniões não possuem um único motivo de ser e coexistiam com o casamento em muitas ocasiões.

Da mesma forma que os casamentos, o rompimento, separação ou morte dos companheiros aconteceram e demandas começaram a ser propostas. As soluções inicialmente encontradas tratavam apenas dos efeitos patrimoniais e tentavam evitar grandes injustiças. O Direito de Família não dava às concubinas o direito a percepção de alimentos e, desta forma, os Tribunais, impedidos de conceder pensões alimentícias, encontrava outra maneira de não deixá-las desamparadas<sup>58</sup>.

Fala-se das concubinas referindo-se às mulheres, pois nesta época em que havia forte repressão às uniões livres, a família patriarcal impunha ao homem o sustento e guarda da família, enquanto a mulher permanecia no lar, tratando dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos. Fácil perceber que a mulher era mantida pelo homem, e quando deixada sozinha, pouco tinha como sobreviver.

---

<sup>56</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 171

<sup>57</sup>KRELL, Olga Jubert Gouveia. União estável: análise sociológica. 1º ed. (ano 2003), 3ª tir./Curitiba: Juruá, 2005, p. 51.

<sup>58</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 168

A indenização por serviços domésticos prestados foi o meio encontrado pelo Judiciário e as decisões baseavam-se na proibição do enriquecimento ilícito. Sobre o assunto Maria Berenice dispõe

O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento<sup>59</sup>.

Posteriormente, evoluiu a jurisprudência para reconhecer a existência de sociedade de fato entre os pares que convivessem em união estável<sup>60</sup>, o que resultou na divisão dos bens adquiridos na constância da união fática, desde que comprovado o esforço comum, mas nenhum outro direito mais se concedia.

Paulo Lôbo, de maneira interessante, disserta sobre o concubinato e seus efeitos patrimoniais

A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social. A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, o que a deixava sob a dependência econômica do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para casar, além do estigma era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais dessa relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado, assumindo as responsabilidades familiares e a estabilidade que ele necessitava para desenvolver suas atividades<sup>61</sup>.

A valorização dos laços afetivos foi de suma importância para o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988. Isto porque, a família, tal qual conhecemos, não existe porque a lei determina que ela seja de determinada maneira, mas porque há afetividade recíproca que une seus membros. Grande prova de sentimento há nos relacionamentos em que nada prende os casais, que são livres em seus deveres e atos.

---

<sup>59</sup>*Id. Ibid.* p. 168

<sup>60</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>61</sup>LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 169



A CRFB, ao reconhecer a união estável, não a igualou ao casamento, tanto que aparecerem em incisos distintos, porém, autores como Maria Berenice<sup>62</sup>, Pablo S. Gagliano, Rodolfo P. Filho<sup>63</sup>, entendem que houve uma equiparação entre as entidades, sendo todas merecedoras da mesma proteção.

A contrário senso, Maria Helena Diniz afirma que a Constituição não pretendeu equiparar a união estável ao casamento, tendo-a reconhecido por ser um fenômeno social para fins de proteção do Estado. Entende que, como há disposição no sentido de que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, o intuito do legislador era de fortalecer o casamento e não o concubinato. Note-se que a autora ainda utiliza o termo concubinato, mesmo que eivado de sentido pejorativo discriminatório, apesar de ter sido previsto, constitucionalmente, o termo união estável.

Continua afirmando que a legislação infraconstitucional não procurou incentivar a conversão do casamento, pois, em sua opinião, conferiu mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges. Por fim, afirma que a lei não deve regular a união estável, mas tão somente traçar os requisitos necessários que possibilitem sua conversão em casamento, e que as disposições do Código Civil são inconstitucionais “por estimularem o concubinato em alguns artigos<sup>64</sup>”.

Com efeito, tal inteligência não tem espaço atualmente. A Carta Constitucional, de maneira expressa, reconhece a união estável como entidade familiar não com o objetivo de incentivar ou desencorajar a formação de um dos tipos, mas para dar a segurança e a proteção jurídica de que ambas são merecedoras. O intuito não é que uma se transforme em outra, mas que, sendo da vontade dos indivíduos, essa conversão seja possível.

Novamente, Maria Berenice<sup>65</sup> alega que é inegável a simetria existente entre o casamento e a união estável, pois ambas tem origem em um elo afetivo e são estruturas de convívio. A diferença substancial consiste no termo inicial da relação, marcada pelo matrimônio ou sem termo estabelecido. A união estável nasce da simples convivência, quando presentes os pressupostos necessários à sua configuração.

---

<sup>62</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. P. 169

<sup>63</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, p. 420

<sup>64</sup>DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 433-434

<sup>65</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 171

Nos casos em que houver tratamento diferenciado entre as instituições, a autora entende que, a referência deve ser entendida como não escrita, e quando forem concedidas prerrogativas ao casamento que não à união estável, a omissão deve ser considerada inexistente e inconstitucional. Os direitos conferidos os cônjuges devem ser estendidos os companheiros.

A título de curiosidade, o censo demográfico de 2010<sup>66</sup>, realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mostra um aumento considerável na quantidade de uniões estáveis, que eram na proporção de 28,6% no ano de 2000, e de 36,4% em 2010, o que demonstra a importância da aceitação social das uniões não matrimonializadas e a modificação do paradigma familiar.

#### **1.2.1. Requisitos essenciais à formação da união estável**

A lei não conceitua a união estável, limitando-se a elencar suas características. O artigo 1.723 informa que será “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição familiar<sup>67</sup>”.

Diferentemente do casamento civil que possui uma série de exigências para ser existente, válido e eficaz, a união estável não requer solenidade para sua formação, por originar-se de uma situação fática. A dificuldade de comprovar a existência da união estável decorre desta falta de requisito formal de constituição, porém, pode ser feita através da observância de seus elementos caracterizadores: publicidade, continuidade, estabilidade e o objetivo de constituição familiar.

A publicidade é o reconhecimento social do grupo como formação familiar. Diferentemente do que acontece em alguns casos considerados “clandestinos”, os conviventes não têm motivos para viverem às sombras da sociedade. Para a doutrina, é a publicidade do relacionamento que permite diferenciá-lo de relacionamentos de cunho meramente sexual. A

---

<sup>66</sup>IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico 2010.

<sup>67</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.723

continuidade e estabilidade estão relacionadas diretamente com o intuito de permanência do casal, de vida em comum, convivência duradoura, o que os diferencia das relações eventuais<sup>68</sup>. A lei, atualmente, não fixa mais prazo certo para que seja considerada duradoura e reconhecida a união estável, logo, esse reconhecimento fica, por vezes, a critério do magistrado que julga a causa.

A este respeito, Fábio Coelho, explica que “cada relacionamento apresentará suas marcas, a partir das quais o juiz decidirá se o requisito da durabilidade foi atendido. Com esse requisito, a lei quer apenas descartar os vínculos precários do cenário das uniões estáveis<sup>69</sup>”. O objetivo de constituição familiar é pressuposto inafastável ao reconhecimento da entidade familiar.

A Constituição, na ocasião em que trata do tema, dispõe que “será reconhecida a união entre homem e mulher”, sendo esta uma condição essencial apontada em boa parte da doutrina. Entretanto, tal discussão não parece merecer atenção, posto que a jurisprudência já aceita e protege o relacionamento estável de pares do mesmo sexo<sup>70</sup>.

Por estar inserida no Livro de Direito de Família do Código Civil, não é necessária expressa indicação de competência para termos que a vara responsável pela resolução de eventuais demandas será a de Família, sendo, inclusive, assegurado o direito ao segredo de justiça<sup>71</sup>.

Apesar de não necessitar da chancela estatal para se formar, é plenamente possível que seja proposta ação judicial para reconhecimento da união estável, cuja decisão terá natureza meramente declarativa, pois limitar-se-á a reconhecer a existência da união, fixando termo inicial e final da relação. Em caso de dissolução, a união estável acabará da mesma forma em que se formou: rompendo-se o vínculo afetivo e sem a interferência do Estado. Assim, eventual ação para reconhecimento da dissolução será igualmente declaratória<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 433-434

<sup>69</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 126

<sup>70</sup>Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instrução Normativa nº 14, de 07 de janeiro de 2013. Dispõe sobre o reconhecimento e registro da união estável no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Artigo 2º: considera-se como entidade familiar a convivência contínua, pública e duradoura entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos.

<sup>71</sup>DIAS, Maria Berenice. União Estável. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_a\\_uni%3o\\_est%20vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_a_uni%3o_est%20vel.pdf)>

<sup>72</sup>Id. Op. Cit., p. 189-191

### 1.2.2. Deveres, direitos e regime de bens

Há certo paralelismo entre o que o Código Civil estabeleceu como direitos e deveres dos cônjuges e os assegurados aos companheiros, isto porque, estes devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, além da guarda e sustento dos filhos. Comparando, percebemos que os deveres de fidelidade recíproca e vida em comum em domicílio conjugal, principalmente, não são impostos aos companheiros.

Quanto ao dever de guarda e sustento dos filhos, temos que este é inerente à condição de pais, estado de filiação, e não propriamente da relação conjugal, haja vista que a entidade familiar perdeu sua função predominantemente reprodutiva. A respeito do domicílio conjugal, nada estabelece a lei, entretanto, é entendimento sumulado no Supremo Tribunal que a vida sob o mesmo teto não é elemento essencial à configuração da união (Súmula 382).

No tocante ao dever de lealdade exigido dos companheiros, percebe-se uma sutil diferença com relação ao de fidelidade previsto para os cônjuges. Gagliano explica:

A lealdade, qualidade de caráter, implica em comprometimento mais profundo, não apenas físico, mas também moral e espiritual entre os parceiros, na busca da preservação da verdade intersubjetiva; ao passo que a fidelidade, por sua vez, possui dimensão restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual<sup>73</sup>.

Na opinião de Maria Berenice, parece o fato de o legislador não pode impor aos companheiros o dever de fidelidade, aliado com a imprevisão de coabitação acima referida, não impediria o reconhecimento de vínculos familiares paralelos, pois nenhuma das relações desconfigura a outra<sup>74</sup>.

Os deveres de assistência e respeito possuem contornos semelhantes aos previsto ao casamento, devem ser respeitados pelos companheiros a fim de que se torne possível a vida em comum. Mesmo que haja o descumprimento por parte dos conviventes dos deveres estabelecidos, tal não teria o condão de inviabilizar o reconhecimento da união estável nem impor sua dissolução<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 288

<sup>74</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 178

<sup>75</sup>*Id.Ibid.* p. 179

Assim, bastante razoável a disposição legal, que não tentou ingressar nem engessar a vida privada dos companheiros como fez com os cônjuges, impondo o básico e o que realmente importaria ao casal e até mesmo ao Estado, protetor das instituições familiares.

A respeito dos eventuais direitos assegurados aos companheiros, principalmente, quanto à obrigação alimentar, Maria Berenice explica que

Não deve causar preocupação o silêncio, no título que regula a união estável, quanto aos direitos reconhecidos aos parceiros. O fato de não haver qualquer menção à obrigação alimentar, não pode dar ensejo a que se pense que houve a exclusão de dito direito [...]. Ao depois, a imposição do dever de assistência (art. 1724) garante o reconhecimento da permanência da obrigação alimentar entre os companheiros<sup>76</sup>.

Da mesma forma que acontece no casamento, os efeitos patrimoniais da união estável decorrerão do regime de bens escolhido pelos conviventes, que podem firmar contrato de convivência (artigo 1.725), estipulando o regime escolhido. Havendo silêncio, incidirá o regime legal, qual seja, o regime de comunhão parcial de bens. Assim, presume-se a comunhão de todos os bens adquiridos após o início da união, não havendo necessidade de prova do esforço comum. Não há disposição legal que imponha o registro do contrato de convivência em registro público para que ele seja válido entre os companheiros, porém, para que o regime escolhido valha perante terceiros, o registro torna-se necessário em virtude da publicidade exigida<sup>77</sup>.

Diverge do casamento os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável na qual um ou ambos os companheiros tenha idade superior a 70 anos, isto porque aqueles que casam após essa idade devem, obrigatoriamente, ter regime de bens de separação de bens (art. 1.641, inc. II, CC). Entretanto, na união estável a proibição não existe e não deveria ser interpretada de forma analógica para a união estável, por ser norma que restringe direito<sup>78</sup>, apesar do Superior Tribunal já ter entendido em sentido diverso<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup>Id. União estável. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_uni%E3o\\_est%E1vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf)>

<sup>77</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. Cit., p. 181

<sup>78</sup>Id. *Ibid.* p. 455.

<sup>79</sup>STJ, Resp. 1.090.722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 02.03.2010

### 1.2.3. A configuração da União estável entre pessoas impedidas de casar

Em um primeiro momento, é importante ressaltar que a conversão da união estável em casamento, prevista na Constituição, não deve ser entendida como um rito de passagem de uma instituição familiar de menor importância, para outra, pois tal entendimento resultaria em aceitar uma hierarquização das entidades. Em conformidade com os princípios constitucionais assegurados à família – igualdade e liberdade, principalmente – o entendimento é de que procedimento de conversão é, na verdade, uma forma de assegurar o princípio da liberdade e constituição familiar.

Ao que se depreende do artigo 1.726 do Código Civil, para que haja a conversão em casamento, bastaria o requerimento dos companheiros relatando a união e formalizando a pretensão. Em que pese a omissão legislativa, Rizzardo afirma que são indispensáveis “a qualificação completa, estado civil, menção da convivência, sua duração, capacidade civil, existência ou não de filhos, ausência de impedimentos e a titularidade ou não de bens<sup>80</sup>”.

É certo que, para que haja a conversão da união estável, deverá haver prova da ausência de impedimentos entre os companheiros, uma vez que o Código expressamente dispõe que serão impedidos de casar os pares que se enquadrarem em determinadas situações previstas. Entretanto, a discussão que se faz necessária não é quanto à conversão, mas quanto à previsão legal de ser impossível a configuração da união estável entre conviventes que se encontrem impedidos de casar<sup>81</sup>.

A união estável é entidade familiar que deriva das relações de afeto, da vontade dos pares de permanecerem unidos, sem que para isso seja necessária decisão estatal. O casamento e as uniões livres, apesar de equiparados pela Constituição Federal de 1988, não podem ser considerados como iguais, motivo pelo qual as disposições do primeiro deveriam ter suas ressalvas quando estendidas ao segundo. No caso do casamento, que depende da chancela estatal para que seja configurado, é compreensível que o legislador tenha editado comando proibindo a união, pois em havendo desrespeito, pode limitar-se a não celebrar o casamento ou anulá-lo.

---

<sup>80</sup>RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 843.

<sup>81</sup>BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.723, §1º

Porém, no caso da união estável, que é uma formação familiar livre, independente de qualquer manifestação do Estado, o legislador não tem como controlá-las, pois mesmo nas hipóteses em que seja proibido o casamento, os relacionamentos podem configurar-se livremente, baseados no afeto, na convivência e no intuito de formação familiar. Maria Berenice cita como exemplo as relações entre sogro e nora, entre companheiro e filha da ex companheira, ou entre o assassino e a viúva, pois apesar das proibições, não há como impedir a formação destes relacionamentos, ainda que “sujeitos à reprovação social e legal<sup>82</sup>”.

As relações existirão e não há nada que legislador possa fazer que venha a coibir suas formações. Há que se defender que mesmo as uniões constituídas com a observância dos impedimentos legais previstos ao casamento merecem a mesma proteção por serem núcleos integrantes do todo social. Sobre o tema, Maria Berenice afirma que

rejeitar qualquer efeito a estes vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidade e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direitos sucessórios<sup>83</sup>.

Reitera-se que a união estável não necessita de qualquer condicionante para sua formação, uma vez que nasce do vínculo afetivo e terá se configurado no momento em configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição familiar. O impedimento de reconhecer o relacionamento existente e que atenda aos requisitos previstos na lei dispõe de caráter punitivo, que priva os companheiros de todos os direitos decorrentes das instituições familiares. Assim, parece de fácil percepção que apesar de não haver uma indicação de que estes relacionamentos se formem, ainda assim, o legislador nada pode fazer para impedi-los, e condená-los à escuridão, por não os reconhecer como uniões passíveis de direitos e deveres é retroagir a um tempo em que as relações eram presentes e ao mesmo tempo invisíveis.

A postura omissiva do Estado, que nega aos conviventes os efeitos jurídicos decorrentes de situação de fato não é a solução mais adequada. Da mesma forma que pode acontecer no casamento, por vezes um ou os dois companheiros não tem conhecimento da reprovabilidade da conduta, motivo pelo qual, a melhor opção deveria ser o reconhecimento

---

<sup>82</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 176

<sup>83</sup>*Id.Ibid*, p. 176

da putatividade da união. Desta maneira, havendo boa fé dos conviventes, a união teria assegurado seus efeitos jurídicos até sua desconstituição<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup>*Id.Ibid.* p. 177



## CAPÍTULO 2 - AS DIFERENCIAÇÕES ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

A palavra sucessão, em seu sentido estrito, significa a substituição de titulares na propriedade de bens, ou seja, “o ato pelo qual determinada pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de seus bens”. Entretanto, apesar da possibilidade legal de sucessão *inter vivos* em outros ramos do direito, a sucessão de que trataremos é aquela prevista em face da morte de outrem. A palavra *de cujus*, utilizada para identificar aquele que morre é abreviatura da frase *de cujus successionem (ou hereditatis) agitur*, que significa, “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”<sup>85</sup>.

Explica Arnaldo Rizzardo que a única certeza absoluta que um homem pode ter na vida é a morte:

Na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita anseios no futuro. Esta a verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão de algum modo tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre e que o tornam vivo ou presente nas memórias<sup>86</sup>.

Quando morre, no entanto, o *de cujus* deixa duas coisas, do ponto de vista material: seu corpo e sua herança. A herança é uma universalidade de bens e constitui-se do patrimônio ativo e passivo deixado pelo falecido<sup>87</sup>, e para recebê-la é necessário que tenha havido a morte de uma pessoa física e a sobrevivência daquele que irá receber. É objeto da herança, porém, todos os bens juridicamente tutelados, restando excluído os não patrimoniais ou patrimoniais indisponíveis. Ou seja, ensina o doutrinador que se excluem com a morte do agente os bens jurídicos de natureza não patrimonial, mas não os efeitos decorrentes destes. Nas palavras de Maria Helena Diniz, herança é

O objeto da sucessão *causa mortis*, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cujus*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança. [...] a herança é, portanto, o patrimônio do

<sup>85</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-20

<sup>86</sup>RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1

<sup>87</sup>LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. São Paulo: Saraiva, p. 15

falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários<sup>88</sup>.

Sílvio Rodrigues<sup>89</sup> aponta como fundamento do direito sucessório o próprio direito à propriedade, pois não havendo a continuidade do patrimônio do falecido por seus herdeiros, a característica da perpetuidade restaria desconfigurada. No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas e Suzana Brêtas<sup>90</sup>, explicam que o direito sucessório e o direito a propriedade possuem grande proximidade, vez que ambos visam a proteção da propriedade familiar, estando positivados no artigo 5º, incisos XXII e XXX da Constituição Federal, respectivamente.

Com a morte dá-se início à sucessão dos bens aos seus herdeiros (art. 1.784, CC), considerando a lei imediata a transmissão da posse e domínio aos sucessores. Este entendimento decorre de um princípio francês denominado *droit de saisine*, que dispõe que a transmissão do patrimônio do *de cujus* ao seu herdeiro dá-se de maneira automática, independentemente de inventário (art. 1.784, CC).

De forma breve, registra-se que a sucessão no direito brasileiro pode ser testamentária ou legítima. No primeiro caso, deriva de testamento ou disposição de última vontade expressa pelo falecido, podendo ter como objeto somente a parte disponível do seu patrimônio, pois a outra parte – indisponível – corresponde à legítima dos herdeiros necessários, disposição que decorre de lei. A segunda é organizada por lei (art. 1.961, CC) e ocorre com aqueles que morrem sem deixar testamento ou não dispõe de todo os seus bens nele. São herdeiros legítimos aqueles que a lei expressamente determina, “ligados por laços de parentesco ou matrimônio, presumivelmente por ele beneficiados se houvesse manifestado sua última vontade<sup>91</sup>”. A lista de preferência dos herdeiros recebe o nome de ordem de vocação hereditária.

São considerados legítimos os herdeiros previstos no artigo 1829 do Código Civil, a saber: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. Os herdeiros legítimos<sup>92</sup> são classificados em herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Os primeiros são aqueles que

<sup>88</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51-52

<sup>89</sup>RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: direito das sucessões, volume 7. 26 ed. ver. E atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5

<sup>90</sup>DIAS, Ronaldo Brêtas C., BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. União Estável: direito sucessório e Questões Processuais, in Revista Síntese Direito de Família, v. 12, n. 64, fev/mar. 2011. Publicação Periódica Bimestral, p. 11.

<sup>91</sup>RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 16-17

<sup>92</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil aplicado, v. 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 134-135

a lei dispõe que não podem ser afastados da sucessão do falecido, salvo nos casos de indignidade ou deserdação. A esses herdeiros é reservada uma quota mínima a qual deverão receber, chamada de parte indisponível<sup>93</sup> do patrimônio do de cujus, corresponde a 50% de seus bens (art. 1.846, CC). São herdeiros necessários somente os descendentes e ascendentes em ordem infinita e o cônjuge sobrevivente. Os herdeiros facultativos, por sua vez, serão herdeiros somente quando inexistirem herdeiros necessários, e o autor da herança pode afastá-los da sucessão dispondo de seus bens sem os contemplar.

Quanto aos efeitos, a sucessão pode ocorrer a título universal ou singular, ou seja, na primeira o herdeiro recebe a totalidade dos bens deixados pelo falecido ou uma parte indeterminada da herança, quando for impossível determinar *a priori* os bens a serem transferidos. A segunda ocorre quando o de cujus deixar a disposição de bens específicos e determinados em testamento.

### **2.1. Evolução da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão**

O direito sucessório sofreu muitas mudanças com relação ao que era e ao que é atualmente. Isto porque, uma das características do direito sucessório clássico era que o herdeiro substituíam o de cujus em todas as relações jurídicas, inclusive naquelas que nada tinham ligação com o patrimônio. A sucessão religiosa e a continuação do culto religioso eram muito importantes para os romanos.

Não se sabe ao certo quando se constitui a figura do direito sucessório, o que faz com que autores como Washington de Barros Monteiro<sup>94</sup> e Maria Berenice Dias<sup>95</sup>, afirmem que seu surgimento tenha havido em um primeiro momento de estruturação dos povos em núcleos familiares, quando o homem deixou de ser nômade e começou a acumular patrimônio. Nos tempos primitivos, o direito de propriedade efetivava o culto hereditário, não podendo extinguir-se com a morte do titular, haja vista que o lar não podia ser abandonado e, mantida a religião, a propriedade continuaria. Nos primórdios, o direito de família, a sucessão e a

---

<sup>93</sup>Art. 1847 - A legítima é calculada sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, descontadas as dívidas e as despesas do funeral, adicionado o valor dos bens sujeitos à colação ( Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF).

<sup>94</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões. 37 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2

<sup>95</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29

adoção estavam intimamente ligados, pois a morte sem sucessão, em Roma, traria infelicidade e extinguiria o lar, motivo pelo qual, por meio de testamento, o romano adotava alguém para continuar com o seu culto familiar<sup>96</sup>.

Para o direito romano, a sucessão deveria ser testamentária. A linha hereditária seguia com o filho varão, e a filha, se herdeira somente era provisoriamente, se solteira, em situação parecida com o usufruto, pois quando casasse, sua herança passava ao marido. Não só quanto às mulheres as injustiças eram recorrentes, mas entre os filhos homens também aconteciam privilégios, pois através do direito de primogenitura o patrimônio poderia ser transmitido apenas ao homem mais velho, na tentativa de garantir a integralidade do patrimônio familiar<sup>97</sup>.

Em outros países da Europa como França, Espanha e Alemanha, o tratamento despendido às mulheres não se diferenciava do romano, pois, através da Lei Sálica, apenas os varões eram beneficiados com a distribuição das propriedades imobiliárias<sup>98</sup>. Tal lei excluía as mulheres por entenderem que com o casamento, a mulher deixava de integrar sua família, passando a fazer parte da família do marido. Não suficiente, a lei ainda impedia que as mulheres assumissem o trono, entretanto, a Lei foi revogada no século XIV.

No direito português, as Ordenações Filipinas dispunham que

Falecendo o homem casado ab intestato, e não tendo parente até o décimo grau, contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua melhor viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúdo, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau<sup>99</sup>.

Assim, percebe-se que nos casos em que o homem casado viesse a falecer, sua esposa somente herdaria o patrimônio nos casos em que não houvesse descendentes, ascendentes ou quaisquer outros parentes colaterais até décimo grau, ou seja, ocupava o quarto lugar na ordem da vocação hereditária. No entanto, pode-se observar que igualmente se dava a sucessão do marido sobrevivente.

<sup>96</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. Coleção direito civil, v. 7. 9 ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 2.

<sup>97</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 29

<sup>98</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 2

<sup>99</sup>ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro IV, Título 94. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p947.htm>> e <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p948.htm>>. Acesso em 08.ago.2014

De início, a legislação brasileira confunde-se com o direito português, pois com a colonização, importou-se quase que em sua totalidade as leis do país colonizador. A Constituição de 1891, promulgada com o advento da República, mais especificadamente em seu artigo 83, estabeleceu que as leis do antigo regime que não contrariassem os princípios constitucionais consagrados continuariam em vigor enquanto não fossem expressamente revogadas<sup>100</sup>. Foi um caminho longo para que as leis portuguesas fossem substituídas por leis locais, tendo sido as Ordenações Filipinas revogadas com o advento do Código Civil de 1916. Entretanto, a posição do quarto lugar ocupada pelo cônjuge foi alterada para terceira ainda em 1907 por meio da Lei n. 1.839, conhecida como “Lei Feliciano Pena”<sup>101</sup>.

No Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava a terceira posição na linha sucessória<sup>102</sup>, não sendo considerado herdeiro necessário. Entretanto, diferentemente do direito sucessório atual, o cônjuge não tinha direito à concorrência com descendentes ou ascendentes, o que fazia com que herdasse o patrimônio do falecido somente quando este não deixava outros herdeiros (descendentes ou ascendentes). Foi no ano de 1962, através do Estatuto da Mulher Casada<sup>103</sup>, artigo XIV, que a mulher passou a ter direito ao usufruto dos bens deixados pelo falecido, na razão de  $\frac{1}{4}$  se o regime de bens não era o da comunhão universal e havendo filhos, ou  $\frac{1}{2}$  se subsistirem ascendentes. O referido estatuto ainda assegurou à mulher casada nos regime de comunhão universal de bens o direito real de habitação relativo ao imóvel em que residisse a família, “desde que fosse o único daquela natureza a inventariar”. Estes direitos, no entanto, eram temporários, uma vez que se extinguíam pela morte ou pelo término do estado de viuvez do cônjuge sobrevivente<sup>104</sup>.

Retornando ao Código Civil de 1916, com este firma-se a ideia de que somente os filhos matrimoniais poderiam ser considerados legítimos a suceder, isto porque, a família reconhecida juridicamente era aquela constituída através do casamento. Os filhos “ilegítimos” somente foram tiveram seus direitos equiparados por oportunidade da Constituição Federal de 1988.

<sup>100</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22

<sup>101</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. Direito das sucessões no novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2003, p. 14.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. Art. 1.603

<sup>103</sup> BRASIL. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. *Diário Oficial da União*. Seção 1. 3.set.1962. Página 9125. Art. XIV.

<sup>104</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 129-130

Antes da CRFB de 1988, por não ser reconhecida a união estável como entidade familiar, é possível afirmar que inexistia qualquer tipo de direito sucessório do companheiro sobrevivente. Entretanto, soluções diversas foram encontradas pelo Poder Judiciário com base no direito das obrigações que aproximava o relacionamento à sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos de forma conjunta quando comprovado o esforço comum dos companheiros, entendimento este que restou sumulado (Súmula 380 do STF); ou com o deferimento de indenização pelos “serviços domésticos prestados”.

O Estatuto Civil de 1916, em nítida proteção à família matrimonial, vedava quaisquer direitos aos integrantes das chamadas relações extramatrimoniais ou concubinato. Bem relembra Maria Berenice que

mesmo que os integrantes da união fossem solteiros ou separados, e ainda que tivessem filhos, o concubinato não era reconhecido como família. O parceiro sobrevivente não fazia jus a direitos sucessórios. De maneira tímida, a jurisprudência passou a conceder à mulher indenização por serviços domésticos, como se de relação de trabalho se tratasse. Depois passou, no máximo, a identificar a presença de uma sociedade de fato, a dar ensejo à divisão do patrimônio amealhado durante a vida em comum, mediante a prova da participação de cada um dos “sócios” na formação do acervo da “sociedade”<sup>105</sup>.

Apesar do reconhecimento da união estável pelo Constituinte de 1988, após anos existindo às margens da legislação, os direitos sucessórios dos companheiros somente foi assegurado seis anos mais tarde, em 1994, com a edição da Lei n. 8.971<sup>106</sup> que garantiu o direito ao usufruto de parte dos bens deixados pelo falecido e a sua participação na sucessão, tendo direito à totalidade de bens na falta de descendentes ou ascendentes. Importante lembrar que a lei destacou uma série de requisitos que deveriam estar presentes para a configuração da união estável, ensejando esse direito ao companheiro sobrevivente, dentre eles, o preenchimento do prazo de 5 (cinco) anos ou a existência de prole.

A referida lei ainda afirmava ter o convivente direito à meação na medida em que tivesse contribuído para aquisição do patrimônio comum, o que deveria ser demonstrado nos casos em concreto. Por força da Lei nº 9.278<sup>107</sup> de 1996, o companheiro sobrevivente tornou-se meeiro, independentemente do prazo de duração da união não mais exigido, pois presumiam-se frutos do trabalho e colaboração comum os bens amealhados na constância da

<sup>105</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 30

<sup>106</sup>BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado.

<sup>107</sup>BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF.

união, salvo disposição em contrário que era admitida. Este diploma legal mais recente garantiu igualmente aos companheiros o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à sua residência e da família, mesmo que temporário, eis que perdurava enquanto não constituísse nova união ou casamento.

Observa-se que, ainda que alguns direitos semelhantes tenham sido assegurados aos cônjuges e companheiros com um distanciamento de aproximadamente 30 anos, neste momento da história, a sucessão do convivente e do cônjuge sobrevivente em muito se assemelhava. Entretanto, a revolução no Direito de Família e no Sucessório que havia se iniciado anos antes não teve continuidade com o Código Civil de 2002.

## **2.2. As Leis 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002**

Necessária se faz uma análise mais detida das Leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, haja vista que, à época, trouxeram grandes avanços aos direitos sucessórios dos companheiros, porém, após a vigência do Código Civil de 2002, discute-se se foram ou não derogadas pela nova legislação.

No que tange ao assunto pertinente, em síntese, a Lei do ano de 1994, dispôs que os companheiros de pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, com quem vivessem há mais de 5 (cinco) anos ou em havendo prole comum, participariam da sucessão do companheiro falecido. O primeiro inciso explicava que o companheiro teria direito ao usufruto de  $\frac{1}{4}$  dos bens deixados pelo *de cujus* caso houvesse filhos comuns ou do falecido. O inciso segundo regulava a possibilidade de haver apenas ascendentes, oportunidade em que teria direito ao usufruto de  $\frac{1}{2}$  dos bens. Importante lembrar que a lei previa o direito de usufruto apenas enquanto não fosse constituída nova união estável ou casamento. Pelo inciso terceiro, quando não houvesse deixado descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade dos bens deixados pelo *de cujus*.

Explica Carlos Roberto Gonçalves que usufruto

“é o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos, ressalvada sua substância[...] caracterizando o usufruto, assim, pelo desmembramento, em face do princípio da elasticidade, dos poderes inerentes aos domínio: de um lado fica com o nu-proprietário o direito à substância da coisa, a prerrogativa de dispor dela, e a expectativa de recuperar a propriedade plena pelo fenômeno da consolidação, tendo em vista que o usufruto é temporário; de outro

lado, passam para as mãos do usufrutuário os direitos de uso e gozo, os quais transitoriamente se torna titular<sup>108</sup>”

De maneira sintetizada, Paulo Lôbo explica que o usufruto “vidual” garantido ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro pela lei supracitada, tinha como objetivo proteger, principalmente a figura da mulher, da “eventualidade do risco do comprometimento de sua morada ou de sua sobrevivência material<sup>109</sup>”, desta forma, este direito garantia ao cônjuge viúvo o usufruto de parte do patrimônio deixado pelo falecido.

A Lei 9.278<sup>110</sup> de 1996, por sua vez, além de instituir a presunção do esforço comum entre os companheiros na aquisição do patrimônio comum, estabeleceu que, independentemente de haver descendentes ou ascendentes, no caso de dissolução da união estável por morte de uns dos companheiros, o sobrevivente teria direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência de sua família, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento.

Disciplina Arnoldo Wald<sup>111</sup> que o direito de habitação caracteriza-se na utilização gratuita de um imóvel alheio com finalidade de moradia. Logo, este direito é pessoal e intransferível, podendo o habitador somente ocupá-lo com a família. Carlos Roberto complementa informando que é um direito temporário e que o usuário não pode auferir uso e fruição da coisa, “restrita aos limites das necessidades sua e de sua família”<sup>112</sup>.

O Código Civil de 2002, entretanto, não se refere ao direito real de habitação do companheiro ou ao direito de usufruto que a este já foi assegurado. A indagação que se faz é se os dispositivos pretéritos teriam sido revogados ou permaneceriam vigentes em face da omissão do novo Código.

Apesar de omissos quanto ao direito dos conviventes, o Código não esqueceu os cônjuges, e estabeleceu o direito desses ao direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência familiar, independentemente do regime de bens fixados entre as partes, desde que seja o único a inventariar. O artigo em questão não estabelece a mesma ressalva

<sup>108</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 478-479.

<sup>109</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 24

<sup>110</sup>BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Art. 5º e Art. 7º, parágrafo único.

<sup>111</sup>WALD, Arnoldo. Direito civil: direito das coisas, vol. 4. 13 ed. atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298-299

<sup>112</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 506



anteriormente feita aos companheiros a respeito do “término” do direito quando da formação de nova entidade familiar.

Com a omissão do Código Civil a respeito do tema, duas correntes se apresentavam na doutrina, defendendo, a primeira, a manutenção deste direito não revogado expressamente, e a segunda; define que o não pronunciamento demonstra a intenção do legislador de revogá-lo.

O desembargador Luiz Felipe Santos Brasil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, afirma que por não ser “contemplado” pelo novo Código Civil, o companheiro não possui os direitos de habitação e de usufruto, em detrimento do cônjuge, protegido de seus direitos pelo Código de 2002<sup>113</sup>.

Ademais, compreende-se que os doutrinadores contrários à concessão do direito real de habitação ou usufruto ao companheiro sobrevivente utilizem-se do argumento apresentado, além de afirmarem que a legislação mais recente revogou a mais antiga, ante a incompatibilidade causada pela intenção do legislador de não beneficiar o companheiro nas hipóteses citadas.

Washington de Barros Monteiro, por exemplo, dá a entender que também é da opinião de que o direito não é mais garantido aos companheiros, porém limita-se a dizer que

o Código e 2002 não manteve para o companheiro o direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência à família, sendo o único dessa espécie a inventariar. Esse privilégio, que lhe fora outorgado pela Lei n. 9.278/96, foi reservado por esse Código somente ao cônjuge sobrevivente<sup>114</sup>.

No entender de Maria Helena Diniz, no tocante ao usufruto “vidual”, tal instituto não mais prevalece no direito brasileiro, motivo pelo qual não deve ser aplicado ao companheiro sobrevivente, nem ao cônjuge, porém, quanto ao direito real de habitação, afirma que

diante da omissão do novo Código Civil (norma geral), o artigo 7º, parágrafo único daquela lei estaria vigente, no nosso entender, por ser norma especial [...]. Parece-nos, um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único) e norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica.

<sup>113</sup>SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. Disponível em <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)>. Acesso em 13.08.2014.

<sup>114</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 6: direito das sucessões. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

E continua

Deveras, num caso extremo de falta de critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o *princípio supremo da justiça*: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isto é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis, fazendo com que prevaleça a ideia de permanência do art. 7º, parágrafo único da lei 9.278/96, aplicando-se por *analogia* (LINDB, art. 4º) o disposto no artigo 1.831 do Código Civil, em busca do justo (LINDB, art. 5º, CF, arts. 6º e 226, §3º), atendendo-se também o direito à moradia (EC n. 26/2000)<sup>115</sup>.

Maria Berenice Dias utiliza-se de dois argumentos para fundamentar o mesmo posicionamento encontrado em Maria Helena Diniz quanto ao direito real de habitação. Primeiramente, afirma que quando a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como entidades familiares, não se justifica o tratamento diferenciado entre elas, pois quando a CRFB não limitou ou distinguiu o direitos, não cabe à legislação infraconstitucional fazê-lo. Posteriormente, argumenta que o direito real de habitação foi assegurado aos conviventes por uma lei criada para regulamentar a união estável, logo, a omissão do Código Civil não significaria a revogação dos diplomas legais, haja vista que não são normas incompatíveis. Entretanto, quando trata do direito de usufruto, Maria Berenice alega que não há justificativa legal para a extinção do direito na união estável, pois a lei que o fixava não foi expressamente revogada e não há incompatibilidade com novo Código, devendo ainda ser estendida aos cônjuges devido ao princípio da simetria<sup>116</sup>.

Paulo Lôbo<sup>117</sup>, no entanto, fundamenta a ideia de não revogação do direito real de habitação ao companheiro com base no artigo 2º da LINDB, que estabelece que a lei posterior, somente revogará a mais antiga quando houver incompatibilidade entre ambas ou, quando regular por completo o assunto disciplinado anteriormente. Bem lembra Sílvio de Salvo que

quando houver, concomitantemente, direito ao usufruto e à meação, não há superposição de direitos, porque o usufruto incide sobre a herança, e meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou da metade dos bens, incide sobre a totalidade da herança, ainda que venha a atingir a legítima dos herdeiros necessários<sup>118</sup>.

<sup>115</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 179-181

<sup>116</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 79-80

<sup>117</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 146.

<sup>118</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 140

Há de se destacar, em tempo, que no mesmo sentido dos entendimentos apresentados, o Enunciado 117 do STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002, estabelece que o “direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88<sup>119</sup>”.

Por fim, convém verificar há quem tente mudar a realidade e a redação do artigo 1.790, a fim de expressar o direito real de habitação do companheiro. O Projeto de Lei n. 6.960<sup>120</sup>, proposto no ano de 2002, pelo deputado Ricardo Fiuza, propõe que na redação do artigo passe a constar um parágrafo único que disponha “enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”. Desta maneira, resta aos companheiros aguardar por uma equiparação de direitos de maneira expressa no Código Civil.

### **2.3. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002**

Em face das disposições constitucionais contidas no artigo 226 e dos direitos conferidos aos companheiros pelas leis anteriormente citadas, temos que o Código Civil, em seu artigo 1.790, conferiu direitos sucessórios conviventes. Tanto os cônjuges como os companheiros tiveram seus direitos modificados com a entrada em vigor do referido Código Civil. Quanto à sucessão dos primeiros, pode-se citar como uma das alterações significativas a inclusão nas duas primeiras classes sucessórias, em concorrência com os outros herdeiros e a sua inserção no terceiro lugar da vocação hereditária como herdeiro necessário. Os conviventes, por sua vez, apesar de não conquistarem direitos iguais aos dos cônjuges, tiveram espaço reservado no Código, apesar de haver neste sentido inúmeras críticas a respeito tanto dos direitos conferidos, como da posição de localização do artigo referido.

---

<sup>119</sup>Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Enunciado n. 117, I Jornada.

<sup>120</sup>Projeto de lei n. 6.960 de 2002. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9F02392141E82D48B3C86D80E61EDB15.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F02392141E82D48B3C86D80E61EDB15.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)>. Acesso em 13.08.2014.

Frisa-se, que os direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e companheiros não excluem seus direitos de receber meação.

A meação em nada se assemelha à herança. Pode-se dizer que no primeiro caso, temos que o direito decorre da formação familiar e relação patrimonial/regime de bens escolhido ou imposto aos conviventes, enquanto no segundo, o direito à herança, previsto tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, concretiza-se com a morte do companheiro. Explica Maria Berenice<sup>121</sup> que os bens adquiridos conjuntamente durante a vigência da vida em comum são chamados de aquestos<sup>122</sup>, e que metade deste patrimônio comum (meação) pertence a cada um dos cônjuges ou companheiros. É certo que a dimensão da meação a que cada casal terá direito dependerá do regime de bens, pois, a comunicabilidade é diferente em cada regime.

Os regimes de bens são igualmente importantes para o direito sucessório dos cônjuges, pois, a depender do regime escolhido, inúmeras implicações sucessórias decorrerão. Estabelece o artigo 1.829, por exemplo, que o cônjuge somente concorrerá com os descendentes do falecido, sejam eles comuns ou não, nos casos em que o regime de bens da relação não for o da comunhão universal, separação obrigatória ou, no caso do regime de comunhão parcial de bens, o autor da herança não tiver deixado bens particulares. Isto porque, nos casos em que o regime for o da comunhão total de bens, quase a totalidade do patrimônio se comunica e integra a parte a que o cônjuge sobrevivente terá direito por meação; quando o regime for o da separação obrigatória, entende o legislador que não tendo direito à meação<sup>123</sup>, o cônjuge também não deveria participar da sucessão, entretanto, a jurisprudência vem flexibilizando a regra da meação, havendo súmula<sup>124</sup> a respeito da comunicação dos bens adquiridos conjuntamente.

Por fim, na comunhão parcial de bens, os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges antes do casamento são considerados bens particulares pertencentes ao seu titular e não integram a meação. São bens exclusivos, ainda, os bens recebidos a título gratuito na vigência do casamento. Quanto ao direito de concorrer o cônjuge sobrevivente com os descendentes, em havendo bens particulares, o dispositivo não esclarece sobre que parte da

---

<sup>121</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 55

<sup>122</sup>Do latim *acquisitu*, que significa adquirido.

<sup>123</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 57

<sup>124</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. No regime da separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. Disponível em <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0377.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm)> acesso em 20.08.2014.

herança recairia o direito do cônjuge. Maria Berenice explica que, apesar da existência de um estudo<sup>125</sup> demonstrar que a posição majoritária da doutrina ser no sentido de concorrência quanto aos bens particulares, continua a entender que o cônjuge somente concorreria com os bens adquiridos conjuntamente. Sugere a doutrinadora que o critério utilizado deve se aproximar do utilizado na união estável<sup>126</sup>, além de, caso recaísse sobre os bens particulares, acabar a razão de ser do regime adotado pelos nubentes.

O direito sucessório do companheiro, previsto no artigo 1.790 do Código Civil, em muito se distancia do assegurado aos cônjuges, isto porque, logo no início, percebe-se que o artigo que dispõe de todo o direito dos conviventes está inserido no Capítulo dedicado às disposições gerais do Título I, denominada “da sucessão em geral” e não no Título II (da sucessão legítima), onde constam os direitos dos demais herdeiros<sup>127</sup>, o que acarreta prejuízo à sistematização das regras sobre o assunto. No mais, o *caput* do referido artigo deixa claro que a sucessão do companheiro somente se dará quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, afastando os bens particulares. Assim, a conclusão não pode ser diversa das expressas por Orlando Gomes e Silvio Rodrigues:

O novo texto do Código Civil regulou a sucessão dos companheiros, estabelecendo a participação na sucessão do falecido nos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável [...] a participação na herança se dá após apurada a meação a que faz jus ao convivente, eis que, não havendo contrato regulando a divisão do patrimônio dos companheiros, este rege-se-á, segundo o art. 1.725, pelas regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens<sup>128</sup>.

Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável[...]. Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cujus* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes da união estável.<sup>129</sup>

Ao se analisar o restante do artigo, é possível concluir que o companheiro, independentemente do regime de bens, será herdeiro do falecido no tocante aos bens comuns,

<sup>125</sup>“Trata-se de laborioso trabalho realizado por Francisco José Cahali e atualizado por Cristiano Cassetari e assistentes da Prof. Giselda Hironaka publicado na Coletânea Orientações Pioneiras – v. II – Família e Sucessões no Código Civil de 2002, São Paulo: RT”. DIAS, Maria Berenice. O inc. I do Art. 1.829 do CC: algumas interrogações. Nota de rodapé n. 3, In. Curso de Direito das Sucessões. Organizador Douglas Phillips Freitas. Blumenau, Nova Letra: 2006.

<sup>126</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 154

<sup>127</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 154

<sup>128</sup>GOMES, Orlando. Sucessões – 13 e. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67.

<sup>129</sup>RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 117-118.

concorrendo com descendentes, ascendentes e colaterais. Neste diapasão, são comuns as alegações de que o companheiro teria mais benefícios que o cônjuge, vez que o segundo só concorre em alguns regimes patrimoniais. Entretanto, parece uma falsa impressão o benefício quando analisado lado a lado os dois artigos que disciplinam as concorrências sucessórias do cônjuge e do companheiro.

Afirma Maria Berenice que

ainda que assegurado ao cônjuge e companheiro o direito de concorrer com descendentes e ascendentes, este privilégio está previsto em dispositivos legais distintos e são diferentes, tanto no que diz com o cálculo como com a base de incidência.<sup>130</sup>

A concorrência sucessória é um dos institutos que mais dá margem a diversas interpretações em face, na maioria das vezes, da má redação do legislador.

### **2.3.1. Concorrência com descendentes**

Desde o início da vigência do Código Civil de 2002 tanto os doutrinadores como aplicadores do direito apresentam questionamentos acerca da redação e interpretação dos dispositivos, inclusive no que tange ao inciso primeiro do artigo 1.790 e artigo 1.832 da mencionada legislação. Isto porque, ante o novo paradigma familiar que se descortina há algum tempo, com maior aceitação após a Lei de Divórcio, cresce o número de famílias recompostas, nas quais é possível verificar a existência de filhos comuns, filhos só do pai e filhos só da mãe.

Tanto o artigo 1.790 que trata da sucessão do companheiro, quanto o artigo 1.832 que trata do cônjuge, apresentam hipóteses de concorrência na sucessão com os descendentes comuns ou exclusivos do falecido.

Antes de adentrar na forma de divisão da herança entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente, convém lembrar que é polêmico na doutrina e na jurisprudência, nos casos de regime de comunhão parcial de bens, sobre que parte o cônjuge concorreria, se seria somente quanto aos bens particulares, todo o patrimônio, ou somente bens comuns.

---

<sup>130</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 158.

No caso do cônjuge, concorrerá com os descendentes sempre que não for casado no regime de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens; ou, se no regime da comunhão parcial, não existirem bens particulares do falecido (art. 1.829, inc. I, CC). Regulamentando esta concorrência, o artigo 1.832 explica que, o cônjuge terá direito a uma parte igual a dos descendentes que sucederem por cabeça<sup>131</sup>, não podendo ter quota inferior a  $\frac{1}{4}$  da herança quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Ou seja, terá reservado para si  $\frac{1}{4}$  da herança quando os filhos forem comuns com o falecido. Assim, temos que o cônjuge e os descendentes comuns receberão quotas iguais quando não forem em número superior a 3 (três) descendentes, pois, desta maneira, cada um receberia  $\frac{1}{4}$  da herança. Entretanto, quando superior a esse número, reserva-se  $\frac{1}{4}$  do patrimônio para o cônjuge e os  $\frac{3}{4}$  restantes são divididos igualmente entre os demais. Havendo concorrência entre o cônjuge sobrevivente e filhos exclusivos do *de cujus* ou havendo filiação híbrida, cada sucessor recebe quota igual.

No caso do companheiro, os doutrinadores tentam apresentar soluções à falta legislativa, acarretando em uma série de teorias diferentes. Havendo concorrência sucessória com os descendentes do autor da herança, verifica-se que há uma regra para o caso de serem os descendentes exclusivos do autor, e outra regra quando os descendentes forem comuns. Não há, entretanto, previsão jurídica de como acontecerá a sucessão quando houver filiação híbrida.

Apesar do inciso primeiro do referido artigo utilizar a palavra “filhos”, deve ser entendido como “descendentes comuns”, através de interpretação extensiva e sistemática<sup>132</sup> em consonância com o inciso II do mesmo artigo. Neste sentido ainda foi aprovada, durante a III Jornada de Direito Civil, em 2004, o enunciado n. 266<sup>133</sup>, que diz: “aplica-se o inciso I do artigo 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Quanto à concorrência, o inciso primeiro do artigo trata que terá o companheiro direito a quota equivalente a dos descendentes, quando forem comuns; e, metade do que couber a

<sup>131</sup>“Filho sucede por direito próprio e por cabeça. Porque todos se acham à mesma distância do pai, como parentes em linha reta, descendentes de primeiro grau, a herança divide-se entre eles em partes iguais”. GOMES, Orlando. Sucessões – 13 e. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54

<sup>132</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 195

<sup>133</sup>Jornada de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Enunciado 266: Artigo 1.790: Aplica-se o inc. I do artigo 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, não apenas na concorrência com filhos comuns.

cada descendentes, quando forem exclusivos do falecido (inciso II). Novamente, o artigo não dispõe da concorrência em havendo filiação híbrida ou mista, motivo pelo qual, na tentativa de suprir a lacuna legislativa, a doutrina procura alternativas. O artigo “*A sucessão do companheiro face à ausência de norma dispositiva focada na concomitância de filhos comuns e exclusivos do falecido*”<sup>134</sup>, de Barbara Peralta afirma a existência de 4 correntes tentam suprir a omissão legislativa, entretanto, Reinaldo Freire<sup>135</sup> faz referência a 5 correntes.

A primeira corrente, explicada tanto por Reinaldo Freire quanto por Barbara Peralta, afirma que a concorrência deveria acontecer nos moldes do inciso primeiro, recebendo quotas iguais tanto os descendentes quanto o companheiro, haja vista que enquanto o inciso segundo restringiu sua aplicação quando estabeleceu “descendentes só do autor da herança”, o primeiro não apresenta restrições. Carlos Roberto Gonçalves afirma que

Se houver descendentes comuns e descendentes unilaterais do de cujus, é efetuar a divisão igualitária dos quinhões hereditários, incluindo o companheiro ou companheira, afastando destarte o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente. [...] o privilegio assegurado aos descendentes do companheiro falecido, de receber o dobro do quinhão que couber ao companheiro sobrevivente só é assegurado, como acertadamente preconiza Mario Luiz Delgado Régis, “quando inexistirem descendentes comuns, sob pena de se infringir o princípio constitucional da igualdade”<sup>136</sup>.

Caio Mário<sup>137</sup> defende o “favorecimento” do companheiro e consequente aplicação do inciso I do artigo 1.790 do CC, sob alegação que

partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros (ou mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele (companheiro), a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum.

A segunda corrente, de acordo com Artigo de Barbara Peralta, tende a identificar todos os descendentes como se fossem filhos exclusivos, aplicando-se o inciso segundo nos casos de concorrência. Assim, o companheiro receberia sempre a metade dos demais descendentes nos casos de haver filiação híbrida. Destaca, novamente, que Giselda Hinoraka afirma que os descendentes seriam beneficiados em detrimento do companheiro sobrevivente. Nesta linha<sup>138</sup>: Fábio Ulhoa Coelho, Zeno Veloso, Maria Helena Diniz.

<sup>134</sup>PERALTA, Barbara Heliodora de Avellar. A sucessão do companheiro face à ausência de norma dispositiva focada na concomitância de filhos comuns e exclusivos do falecido. In. Revista IOB de Direito de Família, ano IX, n. 52, fev-mar. 2009, p. 105.

<sup>135</sup>FREIRE, Reinaldo Franceschini. Concorrência sucessória na união estável. Curitiba: Juruá, 2006, p. 129-135

<sup>136</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 196-197.

<sup>137</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 159

<sup>138</sup>FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op. cit., p. 130



Reinaldo Freire<sup>139</sup> apresenta uma terceira proposta, defendida por Ney de Mello Almada, que sugere aplicação conjunta dos incisos I e III, assim, o companheiro herdaria uma quota equivalente a dos filhos comuns e mais um terço da quota que coubesse aos filhos exclusivos do autor da herança. A quarta proposta apresentada por este mesmo autor, consiste na defendida por Giselda Hironaka. Em síntese, é a aplicação de uma “teoria matemática da ponderação, obedecendo a determinação legal, e levando em consideração o número de filhos, em cada hipótese (comuns e exclusivos), sempre ponderadamente (e não proporcionalmente)”<sup>140</sup>. Explica que

A herança seria dividida em partes, blocos ou sub-heranças, ou seja: a) bem particular: divide em partes iguais entre todos os filhos (comuns ou não). b) bem comum: divide a herança em blocos: b.1) filhos comuns: a companheira recebe uma parte igual à dos filhos (CC, art. 1.790, inc. I); b.2) filhos exclusivos: a companheira recebe metade dos que receberem os filhos exclusivos. Somam-se os valores das divisões acima e se terá um valor total de cada filho<sup>141</sup>.

A quinta corrente apresentada por Freire, conhecida como teoria da proporção, propõe a adoção de uma fórmula matemática com a finalidade de encontrar o quinhão cabível a cada filho e convivente supérstite.

Observa-se, assim, que a fração a ser recebida pelo cônjuge e companheiro sobrevivente só será igual em uma única hipótese: quando todos os descendentes forem comuns e em número não superior a três. Isto porque, o cônjuge tem garantido para si uma reserva de quota mínima, não podendo receber menos que  $\frac{1}{4}$  da herança, enquanto o companheiro continua a herdar por cabeça juntamente com os descendentes comuns. Extraí-se, então, que o legislador nitidamente quis proteger o cônjuge, não fazendo o mesmo com o convivente. Igual desproporção pode ser percebida quanto há apenas descendentes exclusivos, pois o cônjuge herda em quotas iguais enquanto o companheiro tem direito a somente metade do que os demais herdarão.

O companheiro, em todas as oportunidades possíveis, teve seus direitos suprimidos, e, apesar de ser a união estável equiparada à família formada através do casamento civil, na concorrência com os descendentes ou estes ou o cônjuge são beneficiados em detrimento da distinção de tratamento despendida pelo legislador. O companheiro e o cônjuge, em tese, são a mesma pessoa: são aqueles que, pelo falecido, tiveram amor, afeto e compartilharam suas

<sup>139</sup> *Id. Ibid.*, p. 131

<sup>140</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Inovações e desacertos no novo Direito Sucessório. Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/VII%20Congresso%20-%20MINICURSO%20de%20SUCESS%C3%94ES.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/VII%20Congresso%20-%20MINICURSO%20de%20SUCESS%C3%94ES.pdf)>. Acesso em 19.08.2014

<sup>141</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op. cit., p. 133

vidas, não devendo o Estado apresentar tratamento tão diferenciado apenas por não haver “consentido” com a formação das uniões estáveis, como faz com os casamentos.

Como possível solução à lacuna existente, Ronaldo e Suzana Brêtas propõem que

Essa lacuna, como qualquer outra existente no ordenamento jurídico, deve ser afastada, fazendo-se a integração do ordenamento jurídico, o que é possível por meio da analogia, tal como recomenda a regra do art. 4º, da chamada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 04.09.1942): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Assim o fazendo, notamos que a norma do art. 1.832 do Código Civil, 1ª parte, cuidando da sucessão do cônjuge (ou seja, no casamento), em concorrência com descendentes exclusivos do cônjuge falecido, garantem ao cônjuge sobrevivente uma quota parte igual a dos descendentes que concorrem por cabeça ou direito próprio. Ora, sendo assim, sustentamos que essa regra jurídica deverá ser aplicada analogicamente à sucessão do companheiro, guiada pelo princípio da supremacia constitucional, porque a união estável é modalidade de família equiparada ao casamento, na previsão expressa do art. 226, §3º, da Constituição Federal<sup>142</sup>.

Ou seja, o critério utilizado para por fim à omissão legislativa deve ser a aplicação analógica de direitos semelhantes à ambos os sobreviventes, seja cônjuge ou companheiro, de modo que, se o cônjuge não recebe em hipótese alguma metade dos bens a serem herdados pelos demais herdeiros, mesmo entendimento deve ser utilizado quando houver concorrência do companheiro com descendentes exclusivos e comuns. Assim, minimamente, deverá o convivente receber quota parte igual a dos demais, não só para assegurar as mesmas garantias às figuras envolvidas, mas para que haja regulamentação das situações demonstradas em face do paradigma familiar moderno.

### **2.3.2. Concorrência com ascendentes e outros herdeiros**

Na concorrência com os demais herdeiros não poderia ser diferente: o cônjuge novamente possui diferentes direitos, por assim dizer, do que convivente sobrevivente. Consoante dispõe o Código em vigor, os companheiros, quando concorrerem com “outros parentes sucessíveis” do falecido, herdariam um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, frisa-se. Entretanto, faz-se necessário um esclarecimento a respeito de quem seriam estes “outros parentes”.

---

<sup>142</sup>DIAS, Ronaldo Brêtas C; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques, op.cit. p. 18-19

Quando comparado o artigo 1.790 com o artigo 1.829, que traz a ordem de vocação hereditária, conclui-se que os demais parentes que aparecem no primeiro artigo, são os ascendentes e colaterais, mas a divisão da herança não acontece da mesma maneira para ambos os institutos.

Os ascendentes são herdeiros necessários, chamados à sucessão sempre que inexistirem descendentes. Havendo cônjuge sobrevivente, a legislação prevê a concorrência entre herdeiros (Arts. 1.829, inc. II e 1.836, CC), mas diferente do que acontece com os descendentes, não faz nenhuma ressalva quanto ao regime de bens adotados. Havendo concorrência, é de direito do cônjuge sobrevivente um terço da herança quando for obrigado a dividir tanto com pai e mãe do falecido, ou tocar-lhe-á um meio da totalidade do patrimônio deixado pelo falecido quando concorrer com ambos os genitores do *de cujus* (art. 1.837, CC), ainda que haja demais ascendentes de maior grau, pois “na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1º, CC)”.

Na união estável, porém, o sobrevivente concorrerá com os ascendentes naquilo que for patrimônio comum, ou seja, como o *caput* do artigo estabelece que a participação na sucessão ocorrerá somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, os bens particulares deixados pelo falecido serão integralmente dividido entre os ascendentes e demais parentes sucessíveis, enquanto o que for patrimônio comum, será dividido na proporção de um terço para o companheiro e o restante para os ascendentes ou demais parentes.

O artigo 1.790, inc. III, não faz distinção quanto aos ascendentes ou colaterais, afirmando, apenas que, em havendo parentes sucessíveis quando descendentes forem inexistentes, os conviventes herdarão um terço do patrimônio comum, e o restante (dois terços do patrimônio comum e os bens particulares em sua integralidade) será dividido entre os parentes existentes, sejam eles ascendentes ou colaterais.

Diferentemente dos direitos assegurados nas leis 8.791/94 e 9.278/96, nas quais o companheiro sobrevivente não concorria com parentes colaterais do falecido, no Código atual, o companheiro apenas herdará a totalidade da herança quando inexistirem quaisquer parentes sucessíveis. No caso do cônjuge, além de concorrer com os descendentes e ascendentes, herdará sozinho na falta dos dois primeiros, não tendo direito os colaterais à concorrência. Diferente ainda do que acontece com os cônjuges, a quota reservada para os companheiros é sempre de um terço da herança, independentemente de quantos são os herdeiros e quais seus

graus (colaterais até 4º grau). Os cônjuges têm direito à um terço da herança, como dito, quando concorrer com ambos os genitores, e à um meio, quando há somente um genitor, ainda que exista parentes mais distantes em ambas as linhas retas.

Percebe-se que o cônjuge é demasiadamente beneficiado em detrimento do direito assegurado ao companheiro, o que fere o princípio constitucional da igualdade. Importante exemplo é dado por Reinaldo Freire<sup>143</sup>:

Interessante notar que, se o companheiro concorrer com um só filho comum, cada um receberá ½ da herança. Se o convivente concorrer com parentes sucessíveis, receberá um terço dos bens deixados pelo autor da herança, enquanto os dois terços restantes pertencerão àqueles parentes. Quer dizer, nesta hipótese, os colaterais receberiam mais do que um filho do falecido, o que se mostra incompreensível.

Há que se convir ainda que os “outros parentes sucessíveis”, na maioria das vezes, em nada contribuíram para a formação do patrimônio comum, ao contrário do convivente sobrevivente. Reinaldo Freire, novamente, transcreve importante ensinamento de Zeno Veloso<sup>144</sup>, que bem sintetiza o que foi acima dito:

Neste tempo em que vivemos, a concepção de família está se contraindo para compreender, praticamente, o homem, a mulher e os filhos, vivendo em lar conjugal ou lar doméstico. A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam laços de afetividade e os princípios da liberdade e igualdade. O legislador não pode dar as costas para este fator social.

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes nem colaterais até o quarto grau do *de cujus*. Temos que convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme severa restrição do caput do art. 1.790 que foi analisada acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas apenas o que adquirido onerosamente na constância da união estável e a título oneroso.

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esses extremos vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízos dos vínculos de amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Inexistindo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, conforme autoriza o artigo 1.790, inciso IV, do Código Civil. Necessário

<sup>143</sup>FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op. cit., p. 142

<sup>144</sup>VELOSO, Zeno. Direito de Família e o novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). 4. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 2. tir., p. 248-249 *apud* FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op. cit., p. 142-143

observar, porém, uma contradição aparente entre o *caput* do artigo e o inciso IV, pois o primeiro fala que a herança acontecerá somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, enquanto o segundo fala em “totalidade da herança”. A que totalidade se referiu o legislador?

Reinaldo Freire afirma que a expressão não possui entendimento unânime na doutrina, e apresenta duas correntes de pensamento: para a primeira, o companheiro somente receberá os bens adquiridos onerosamente na constância da união a que teria direito por herança, de acordo com o *caput* do artigo, e o restante do patrimônio passaria a pertencer ao Município. Segundo ele, são defensores desta corrente Zeno Veloso, Euclides Benedito de Oliveira, Sebastião Luiz Amorim, Francisco José Cahali, dentre outros. Em contrapartida, a segunda corrente, entende que o companheiro herdaria a totalidade de bens deixados, sejam eles comuns ou particulares. São adeptos da corrente: Caio Mário da Silva Pereira, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, e entre outros<sup>145</sup>.

Da mesma maneira entende Luiz Felipe Brasil dos Santos:

Ocorre que, enquanto o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança<sup>146</sup>.

Porém, com respeito aos doutrinadores supracitados, temos que o Município, o Distrito Federal e a União são sucessores irregulares, que herdarão somente nos casos de morte que inexistirem herdeiros legítimos ou testamentários. Não são herdeiros como o companheiro e o cônjuge, e não estão presentes na ordem de vocação hereditária, somente recebendo os bens deixados após sentença de declaração da vacância (art. 1.822, CC). Ademais, a leitura do inciso IV do artigo deve ser feito em consonância com o artigo 1.844 do mesmo Código, que esclarece que será devolvida a herança ao Município, Distrito Federal ou à União, quando inexistir cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível. Ou seja, o

<sup>145</sup>*Id. Ibid.* p. 146-151.

<sup>146</sup>SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros no novo código civil. <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)>. Acesso em 26.08.2014

Código Civil expressamente afirma que o Município somente sucederá o falecido em seus bens quando não houver cônjuge ou companheiro, o que poria fim a discussão.

#### **2.4. Posicionamento da doutrina a respeito da inclusão do companheiro como herdeiro necessário, em contraposição com a legislação vigente**

A partir da vigência do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente foi elevado ao *status* de herdeiro necessário, conforme disposto no artigo 1.845, motivo pelo qual não pode ter seus direitos sucessórios afastados, nem mesmo por meio de testamento. Autoriza a legislação que, quando não houver herdeiros necessários, o autor da herança disponha em testamento da integralidade de seu patrimônio, podendo conferir-lhe a qualquer indivíduo, entretanto, na presença dos referidos herdeiros, a parte disponível para testamento cai para 50%. Apesar do direito reconhecido ao cônjuge, o companheiro sobrevivente, a princípio, não foi abarcado pelos mesmos benefícios.

Diferentemente do companheiro, com o novo Código o cônjuge passou a integrar a lista de herdeiros necessários, entretanto, quando da vigência do Código Civil de 1916, apesar de ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não era considerado herdeiro necessário, podendo ser excluído por testamento.

Através de uma análise exclusivamente legislativa, seria possível a afirmação de que o companheiro pode ser afastado da herança, não sendo, portanto, herdeiro necessário, pois o artigo 1.845 expressamente prevê como tais os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Na verdade, esse é o argumento de parte da doutrina que assegura que caso o legislador tivesse real interesse de inseri-lo neste rol, assim o teria feito. Não tem grandes dificuldades os adeptos desta corrente para defenderem seu posicionamento, haja vista que o simples fato de não constar o companheiro no rol legal, não o torna herdeiro necessário.

Porém, este posicionamento não é unânime. Apesar de não constar expressamente no rol dos herdeiros necessários, há que se observar que o companheiro igualmente não está presente no rol daqueles que podem ser afastados da sucessão através de disposição testamentária, pois assim estabelece o artigo 1.850 do Código Civil, *in verbis*: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os

contemplar”. Pois bem, já foi posto anteriormente que uma norma de direito não pode ser aplicada analogamente ou extensivamente quando for para restringir direitos, e por esse motivo, mesmo que não conste no rol dos herdeiros necessários, igualmente não consta dentre aqueles que podem ser excluídos por testamento. Neste sentido é o ensinamento de Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>147</sup>, pois não sendo possível a aplicação analógica de um dispositivo restritivo de direitos, mesmo que o legislador não tenha feito referência do companheiro na lista de herdeiros necessários, não poderá o companheiro ser excluído da sucessão por testamento. Logo, a conclusão do autor é que ainda que tenham suas cotas reduzidas, os companheiros seriam herdeiros necessários.

Não suficiente, o autor ainda defende seu posicionamento de outra maneira:

Se a família é composta pelo casamento e também pela união estável, não pode haver discriminação de direitos entre cônjuge e companheiro, ex vi os artigos 5º, caput, 3º, III e 226 caput e inciso III, 1º parte da Carta Magna. Então um “plus” à regra constitucional seria defender que o companheiro ou a companheira é herdeiro necessário por força até da igualdade constitucional, apesar da redação da 2ª parte do artigo 226, § 3º, da Constituição, que dispõe que a lei infraconstitucional deve facilitar a conversão da união estável em casamento<sup>148</sup>.

Washington de Barros Monteiro<sup>149</sup> reconhece a não atribuição do status de herdeiro necessário ao companheiro, porém afasta a possibilidade de sua exclusão da herança, sob o argumento de que “havendo bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, é forçosa a participação do companheiro sobrevivente, de modo que, embora não seja herdeiro necessário, não poderá ser excluído dessa participação por testamento”.

Barbosa Moreira, atualizador do Livro Instituições de Direito Civil do doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, segue no entendimento de que o companheiro, apesar de não elevado a herdeiro necessário, não pode ser simplesmente excluído da participação na sucessão, pois, para ele, o artigo 1.850 não pode e nem deve ser interpretado fora do contexto ao qual se insere, “cabendo ao interprete a missão de identificar, no sistema da lei, outros elementos capazes de confirmar ou desmentir aquela declaração<sup>150</sup>”. Afirma que o fato de estar prevista legalmente a concorrência dos companheiros com os descendentes e ascendentes, independentemente de testamento, faz com que, ainda que inexistentes outros

<sup>147</sup>CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável. Revista da EMERJ, trimestral, número especial, parte II, jul 2002 a abri de 2003, p. 207. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/anais\\_onovocodigocivil/anais\\_especial\\_2/Anais\\_Parte\\_II\\_revistaemerj.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj.pdf)>. Acesso em 03.09.14

<sup>148</sup>*Id.* *Ibid.*, p. 208.

<sup>149</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 100

<sup>150</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 163-164

herdeiros, o companheiro seja necessariamente chamado à sucessão. Qualquer exercício de liberalidade neste sentido, que afastasse o companheiro da sua posição de herdeiro, poderia acarretar em comprometimento da subsistência das entidades familiares, resultado indesejado pelo legislador<sup>151</sup>.

Com possibilidade de por fim discussão que se apresenta, o Projeto de Lei nº 674/2007<sup>152</sup>, de autoria do deputado Cândido Elpídio de Souza Vaccarezza, tem como objetivo a regulamentação do artigo 226, §3º da Constituição Federal. O projeto, apresentado em 10 de abril de 2007, atualmente está aguardando deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Referente ao tema debatido, o artigo 16 do Projeto clama pelo reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, *in verbis*: “Art. 16 - Dissolvida a união estável por morte de um dos consortes o sobrevivente participará da sucessão do companheiro como herdeiro necessário”. No mais, o parágrafo primeiro do mesmo artigo ainda pretende a equiparação de todos os demais direitos do companheiro ao do cônjuge.

Por fim, ao que parece, o companheiro não foi nem incluído nem excluído, mas simplesmente esquecido.

---

<sup>151</sup>*Id. Ibid.*, p. 167.

<sup>152</sup>Projeto de Lei n. 674/2007. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3B34E928A9D9A2ABD7BE506419937F19.proposicoesWeb2?codteor=449928&filename=PL+674/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B34E928A9D9A2ABD7BE506419937F19.proposicoesWeb2?codteor=449928&filename=PL+674/2007)>. Acesso em 04.09.2014.



### **CAPÍTULO 3 – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS INSTITUTOS DE DIREITO SUCESSÓRIO**

Antes da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, a entidade familiar, entendida como a instituição derivada do casamento solene, era merecedora de proteção jurídica pelo simples fato de sua existência, e o Estado, entendendo-a como um fim em si mesma, a preservava de qualquer ameaça capaz de por fim a ela. No entanto, tal concepção de família foi profundamente reformada com a nova Constituição, em uma tentativa de acompanhamento da realidade social. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º)<sup>153</sup>.

Em outro momento, não menos importante, o autor ainda explica que a família perde seu valor intrínseco, como entidade merecedora de proteção pelo simples fato de existir, como colocado acima, e passa a ter valor instrumental, como “núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e promoção da dignidade de seus integrantes” voltado para a realização pessoal dos membros.

Após a inserção da união estável como entidade familiar merecedora da proteção estatal, os companheiros tiveram seus direitos sucessórios regulamentados, inicialmente, através de leis infraconstitucionais esparsas, haja vista que não constavam como sujeitos de direito do Código Civil de 1916 quanto a matéria. As Leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996 legislaram a respeito da sucessão do companheiro, conferindo, em sua maioria, equivalência ao direito sucessório do cônjuge.

---

<sup>153</sup>TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. Disponível em <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)> acesso em 17.09.2014.

Em 2002, o novo Código Civil foi publicado, entretanto, a sucessão do companheiro não foi equiparada à do cônjuge, e inúmeros dos direitos anteriormente conquistados não constavam na redação da nova legislação. Conforme visto, inúmeras discussões a respeito da revogação tácita das leis acontecem até os dias atuais na doutrina, em uma tentativa de se descobrir quais direitos os companheiros realmente possuem. O cônjuge, por sua vez, teve sua posição sucessória melhorada através da ampliação de seus direitos.

Da análise feita no capítulo anterior e breve leitura das disposições do Código, percebe-se que ora o companheiro é beneficiado, e na outra grande maioria das vezes, o cônjuge detém mais privilégios que o primeiro no momento da divisão do patrimônio deixado pelo *de cujus*, apesar de se apresentarem em situações fáticas semelhantes.

Propõe-se, então, uma solução a partir dos princípios constitucionais, apta a conciliar o tratamento dado à sucessão dos cônjuges ou companheiros sobreviventes.

### **3.1. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família**

Em regra, os textos legislativos não acompanham a realidade social e a evolução da instituição familiar. Isto porque, a vida, por si só, é muito mais rica e não-linear, transformando-se com uma constância maior do que as revisões legislativas. Dentre as fontes do Direito como um todo, nos princípios que o regem é onde se pode encontrar a melhor maneira de viabilizar uma adequação do Direito de Família à realidade, decidindo assim o que é justo ou injusto para as relações, independentemente dos valores éticos e morais, que estigmatizam e marginalizam muitos seres humanos<sup>154</sup>. De fato, os princípios constitucionais têm novo papel social, sendo aplicáveis às relações estabelecidas entre particulares.

De maneira breve, explica-se que as normas constitucionais possuem força normativa própria e classificam-se em princípios e regras. O que as distingue seria seu conteúdo semântico, uma vez que a regra indica uma hipótese de incidência determinada (ou seja, havendo a ocorrência do fato gerador previsto, incide a regra sobre o caso), enquanto os

---

<sup>154</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 36.

princípios são suportes fáticos hipotéticos e indeterminados, orientando o intérprete no momento de aplicação da regra<sup>155</sup>.

De acordo com as lições de José Afonso da Silva, os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, entretanto, quando tomados como norteadores de determinadas normas jurídicas ou como limites ao legislador, transformam-se em normas-princípios, vez que positivamente incorporados ao ordenamento interno e preceitos básicos da ordem constitucional<sup>156</sup>.

Assim sendo, percebe-se que, quando da edição do Código Civil de 2002, o legislador pretendia abarcar inúmeras mudanças legislativas ocorridas ao longo do grande período no qual o Código de 1916 vigorou, garantindo muito e melhores direitos às famílias contemporâneas, onde se observa o respeito aos princípios relevantes ao Direito de Família.

Diante das circunstâncias expostas, para que seja possível um estudo da constitucionalidade do artigo 1.790, responsável pela sucessão do companheiro no Código atual, faz-se necessário uma análise dos direitos constitucionais aplicáveis à situação. Inúmeros são os princípios constitucionais que regem as entidades familiares e os atos do Estado, e assim, limitar-se-á a análise de alguns princípios mais importantes e relevantes para a compreensão da configuração familiar e do afeto como elemento intrínseco, além do estudo da constitucionalidade do artigo supracitado.

### **3.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana**

Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inc. III<sup>157</sup> é impossível falar no Estado Democrático de Direito sem considerar este princípio, haja vista que a própria legislação o coloca como fundamento da República e o atribui um valor nuclear na ordem constitucional, de onde derivam inúmeros outros direitos, princípios e abstenções de agir.

---

<sup>155</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit. P. 57

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 92.

<sup>157</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>158</sup> ensina que o princípio da dignidade humana é um macroprincípio, pois como afirmado, dele irradiam outros princípios e valores.

Significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. [...] é a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Ainda nas palavras do autor, é um valor idêntico e natural à todo ser humano simplesmente pelo fato de ser racional, e o reconhecimento de que, independentemente das circunstâncias que se apresentem, todo ser humano deve ser reconhecido pelo Estado como tal e ter a garantia de que sua personalidade ou sua integridade serão protegidas de qualquer menosprezo que pudesse a vir praticado pelo poder<sup>159</sup>.

É importante observar, após a colocação do autor, que, apesar de ter a sua pessoa e personalidade protegida pelo Estado de qualquer abuso, isso não significa a impossibilidade de restrições quanto a direitos fundamentais ou quaisquer outros direitos e políticas assegurados, significa, entretanto, que essas restrições não devem ir além do limite imposto pelo princípio da dignidade humana.

Embora difícil, pode-se arriscar dizer que o princípio da dignidade humana “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade<sup>160</sup>”.

Na família patriarcal, o poder familiar estava concentrado nas mãos do “pai”, considerado chefe do lar e sujeito de direitos negados ao restante dos membros da família, eis que a dignidade do patriarca, da mulher e dos filhos se diferenciava. A entidade familiar não era entendida como um meio para realização pessoal de seus membros, mas como uma totalidade<sup>161</sup> de interesses, baseada no poder no pai e na obediência dos demais integrantes. Com a constitucionalização das diversas relações familiares, e com a edição do art. 227, que traz expressamente o princípio da dignidade humana no ramo do direito de família ao dispor que é dever da família assegurar “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência

---

<sup>158</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p 94

<sup>159</sup>*Id.Ibid.* p. 98.

<sup>160</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil: volume 6: Direito de família. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76.

<sup>161</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 61

familiar e comunitária”, temos como consequência a transformação da entidade em sua totalidade, para uma instituição instrumento para realização individual dos interessados.

Ensina Rodrigo da Cunha Pereira que

Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família<sup>162</sup>.

Maria Berenice Dias afirma que, por ter a Constituição Federal elevado o princípio da dignidade humana à fundamento central da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito, houve expressa opção pela pessoa, o que acarretou a “despatrimonialização e personalização dos institutos jurídicos”, pondo a pessoa humana como ponto central de proteção. Além de caracterizar-se como limite à atuação estatal, o princípio ainda constitui um norte para as suas ações positivas<sup>163</sup>. Vale lembrar, no entanto, que “não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família<sup>164</sup>”.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana é uma tutela de defesa e proteção contra atos desumanos ou desrespeitosos, tenham eles advindo de uma ação estatal ou da comunidade em geral, pois quaisquer que sejam os projetos pessoais e coletivos de alguém, quando razoáveis, eles devem ser tratados o mesmo com respeito e consideração dos outros. Com isso, respeitando e sendo respeitado, há uma viabilização da vida em comum, que contribui para a promoção da felicidade e desenvolvimento da personalidade individual.

Tal afirmativa pode ser trazida para o contexto familiar, onde todos os integrantes devem respeito mútuo aos demais, de modo a promover uma existência digna e sadia a todos os que convivem em comunhão de vidas. Quando em ambiente familiar saudável, ainda que o ambiente externo viole os direitos mais íntimos, é possível o fortalecimento e o alcance a objetivos previamente estabelecidos, entretanto, a recíproca dificilmente será verdadeira, pois, se dentro da família não há respeito à dignidade do outrem, tal valor não será demonstrado na vida social.

<sup>162</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 100.

<sup>163</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 63

<sup>164</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 61

Por fim, é importante salientar que por ser um princípio muito abrangente, é necessário utilizá-lo com muita cautela, sob pena de banalizar a existência de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito aplicável a todas as relações jurídicas, não só as familiares.

### **3.1.2. Princípio da igualdade e respeito às diferenças**

O princípio da igualdade, consolidado no artigo 5º, caput e inc. I da Constituição Federal, e mais especificadamente no âmbito familiar nos artigos 226, § 5º e 227, § 6º, do mesmo diploma legal, é ainda citado no preâmbulo constitucional, quando afirmam, os representantes do povo, que assegurariam a igualdade entre os cidadãos sem qualquer tipo de preconceito.

Este princípio, no entanto, se desdobra em igualdade formal e material.

Em regra, a igualdade formal impede o surgimento de uma hierarquia entre as pessoas, funcionando como limite ao legislador para que ele não crie privilégios ou vantagens que não possam ser explicadas através dos direitos garantidos na Constituição. Na verdade, o princípio impõe ao Estado o dever de agir de maneira impessoal, não devendo “selecionar” aqueles que serão beneficiados ou prejudicados. A igualdade material, por sua vez, traz elemento ideológico e de maior complexidade está associada a ideia de justiça distributiva e social, pois não é suficiente que as pessoas sejam equiparadas na lei ou perante a ela, é necessário que elas sejam equiparadas perante a vida<sup>165</sup>.

O princípio da igualdade provocou profunda modificação no Direito de Família, quando igualou os direitos e deveres dos cônjuges entre si; dos filhos, qualquer que seja a origem, biológica ou não; e das entidades anteriormente não protegidas. Observa-se assim, que todos os fundamentos da família tradicional foram arrasados. Boa parte da doutrina defende, ainda, que havendo essa igualdade e elevação de outras entidades familiares à nível constitucional, não haveria hierarquia entre o casamento e a união estável, que apesar de apresentarem situações jurídicas diferentes, possuem situação fática em muito semelhante. Por este entendimento, a Constituição não teria inferiorizado a união estável pelo simples fato de estabelecer a possibilidade de conversão em casamento, o que seria direito potestativo ou

---

<sup>165</sup>BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. P. 21

faculdade dos companheiros. Assim, além da igualdade entre homens e mulheres, filhos, e deferimento de proteção constitucional à família; o casamento e a união estável estariam iguais.

Destaca-se passagem de Luís Roberto Barroso em que afirma ser possível a verificação de um sentido inequívoco do conjunto normativo da CRFB: “a Constituição é refratária de todas as formas de preconceito e discriminação<sup>166</sup>”.

Dentro do espectro do Direito de Família, explica Paulo Lôbo que

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas ou entidades. [...] Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. não há qualquer fundamento jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza da livre constituição da primeira.

No âmbito familiar, atendendo à ordem constitucional, o Código Civil o estabelece que a própria organização e direção da família (art. 1.511, CC) deve respeitar o princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, devendo haver mutua colaboração entre os pares, conforme visto no capítulo anterior, que tratou dos direitos e deveres dos cônjuges e companheiros. Outro exemplo, em nome da igualdade entre homens e mulheres, atualmente é possível que tanto o esposo como a esposa escolham acrescentar o sobrenome do outro aos seus (art. 1.565, § 1º, CC). Apesar de “pequenas” - não de importância, mas de número - são demonstrações de que ao Direito de Família aplica-se o princípio da igualdade, devendo o direito respeitá-lo.

No tocante ao respeito à diferença, já se imaginou o quão chato seria se todas as pessoas e relações fossem iguais? O Direito como ciência jurídica seria completamente desnecessária, haja vista que a aplicação automática da lei ao caso concreto solucionaria o litígio, caso ele se estabelecesse. A Constituição, ao impor que o preconceito não será tolerado, estabeleceu como objetivo fundamental da República o combate a essas

---

<sup>166</sup>BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. p. 20

discriminações<sup>167</sup>, determinando aos cidadãos, legisladores e doutrinadores, de forma geral, o mínimo respeito.

Dentro do presente estudo, apesar de a Carta Magna vedar de maneira abrangente a discriminação e o preconceito, a igualdade manifestar-se-ia através da equiparação das entidades familiares. O papel do princípio não é simplesmente igualar todos os cidadãos. Trata-se, entretanto, de respeitar as escolhas individuais, colocando essa liberdade em um mesmo plano de proteção jurídica.

### 3.1.3. Princípios da liberdade e da não intervenção estatal

A Constituição Federal de 1988, com a instauração de um regime democrático, revelou-se extremamente preocupada em banir todas as possíveis discriminações, de qualquer ordem que fossem, consagrando os princípios da igualdade e da liberdade. Em se tratando de Direito de Família, percebemos a liberdade conferida quando todos têm o direito de escolher seu par, ou o tipo de entidade que melhor se adaptar às suas necessidades e anseios para constituir sua família (art. 226, *caput*, CRFB). Além da constituição familiar, há no ordenamento pátrio a liberdade dos pares desconstituírem a entidade familiar no momento em que quiserem (art. 226, § 6º, CRFB), ou ainda, de escolherem o regime jurídico que preferirem (art. 1.639, § 2º, CC).

Paulo Lôbo explica que o princípio possui duas vertentes essenciais: “liberdade da entidade familiar diante do Estado e da sociedade, e a liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar<sup>168</sup>”. Porém, importante o estudo da liberdade familiar perante o Estado, no presente momento.

É do princípio da liberdade que decorre a autonomia privada de cada indivíduo. O não reconhecimento de direitos, em oportunidades em que o cidadão exerceu a sua liberdade dentro dos limites estabelecidos em lei, por assim dizer, acarreta no embaraço ao exercício do princípio, desconsiderando ou desrespeitando a qualidade dos projetos de vida, escolhas e

<sup>167</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.)

<sup>168</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 70



afetos das pessoas que assim optaram. Em síntese, esta postura por parte do Estado suprime o direito de escolha e a autonomia dos cidadãos<sup>169</sup>.

Não se defende, porém, que a autonomia das pessoas não possa ser limitada. No entanto, as restrições impostas devem encontrar justificativas ou subsídios na Constituição ou ordem legal, ou ainda, na realização de outro bem comum.

Dentro do atual cenário familiar, a família não mais aceita que o Estado interfira em seus aspectos particulares ou em sua intimidade. Assim, o Estado que antes possuía função protetora-repressora, assumiu postura protetora-assistencialista, pois apesar de não poder adentrar na âmbito familiar, pode sugerir ou criar políticas, por exemplo. Rodrigo da Cunha Pereira explica melhor

A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo familiar. [...] a Constituição Federal de 1988 definiu e não deixou margem para dúvidas quanto à concepção da intervenção do Estado e assunção do papel de “Estado-Protetor” e não um “estado-interventor”, ao dispor no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ficou bem claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado<sup>170</sup>.

Tal assertiva ainda pode ser confirmada pelo art. 1.513, CC, que dispõe: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Assim, o próprio Estado limita a sua atuação quando não for oportuna, ou, como estabelecido, vier a interferir na liberdade da família ou em sua autonomia. No mais, a liberdade individual de escolha da instituição familiar a ser constituída pressupõe o respeito à liberdade alheia e à dignidade.

O Estado, porém, poderá interferir na autonomia privada quando os integrantes ou o núcleo familiar estiverem ameaçados, pois a Constituição impõe a proteção da família. O desafio, no entanto, é como conciliar o direito à autonomia privada e a liberdade individual quando o Estado deve materializar sua atuação como protetor. A resposta não parece tão complexa quando pensamos que cabe aos intérpretes da norma a aplicação das mesmas com observância dos princípios fundamentais e a desconsideração daquilo que inferiorize o sujeito ou entidade<sup>171</sup>.

<sup>169</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 27

<sup>170</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 159

<sup>171</sup>*Id.Ibid.* p. 163

### 3.1.4. Princípio do pluralismo das entidades familiares

Somente a partir do ano de 1988 é possível o reconhecimento da pluralidade das formas, pois é quando há o rompimento com o modelo tradicionalista e patriarcado de família. Evolutivamente, somente o casamento e a outorga do Estado conferia à relação o *status* de família. A Constituição passou a reconhecer além do casamento, a união estável e a família monoparental, mas a doutrina e a jurisprudência, atualmente, inclinam-se a considerar o rol apresentado no artigo citado como meramente exemplificativo, concordando que merecem igualmente a proteção do Estado as entidades familiares de composições diversas.

Nas palavras de Maria Berenice,

Excluir do âmbito de juridicidade entidades familiares que se compõe a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento e mútuo envolvimento pessoal é patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça<sup>172</sup>.

Decorre da disposição do art. 226, §§, 1º, 3º e 4º, da Constituição Federal, e garante proteção a inúmeras famílias que historicamente viveram à margem do sistema jurídico, sem qualquer proteção estatal pelo simples motivo de não terem sido constituídas pelo matrimônio/casamento propriamente dito.

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade, e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal<sup>173</sup>.

Desta maneira, importante que a pluralidade das formas seja igualmente respeitada pelos cidadãos e pelo próprio Estado, que ao estabelecer a sua possibilidade, não deve tutelar o agrupamento formado pelo afeto de maneira tão desproporcional à família tradicional, vez que todas possuem o mesmo *status*, e por não haver hierarquização, encontram-se em patamares semelhantes. Qualquer forma de discriminação pode ser considerada afronta a este princípio de fundamental importância do Direito de Família.

<sup>172</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 67-68

<sup>173</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 167.

“É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir família<sup>174</sup>”.

### 3.1.5. Princípio da afetividade

A afetividade como elemento importante à caracterização do laço familiar passou a ser considerada a partir de 1988, pois, como visto anteriormente, a família, quando historicamente considerada, era marcada, principalmente, pelo patriarcado e com finalidade predominantemente econômica, apesar de apresentar viés político e religioso.

A respeito do tema, ensina Sérgio Resende de Barros que

Com o patriarcado a asfixia do afeto. Os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que com o passar do tempo proliferam ainda mais, quando se somaram aos motivos patrimoniais os motivos políticos. Nessa evolução histórica, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscar assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial. Esta se define pela existência de um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, fruindo de um patrimônio familiar, que deve ser mantido com base física e para segurança econômica da família. A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto<sup>175</sup>.

Foi através do movimento feminista, principalmente, e com a inserção da mulher no mercado de trabalho, que novas leis apareceram e a estruturação hierarquizada e tradicional sofreu modificações. A partir deste momento, a família passou a se constituir e se manter devido aos laços afetivos criados entre as pessoas em relacionamentos em detrimento dos outros aspectos (econômico, religioso ou político), que passaram a ocupar um plano secundário.

De acordo ainda com o constitucionalista o que identifica a entidade familiar como tal, frente ao ordenamento pátrio, é um afeto especial, mais especificamente

Sentimento entre duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que cõnjugue suas vidas tão intimamente, que as torna cõnjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição,

<sup>174</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 167

<sup>175</sup>BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>> acesso em 10.10.2014.

até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico<sup>176</sup>.

Através da leitura do trecho destacado, parece que a expressão *cônjuge* não somente deve ser a expressão utilizada para identificar os pares que constituíram família através do matrimônio, como recorrentemente faz a doutrina e a legislação, mas para designar aqueles que se sentem conjugados, que conjugam vidas, afetos, situações e demais sentimentos. É certo que não é qualquer afeto que é suficiente para constituição da entidade familiar, caso contrário seria impossível distinguir simples amizades, namoros e relações mais duradouras. Mas o afeto familiar é capaz de identificar uma família.

Para o autor Paulo Lôbo, o princípio da afetividade não vem expresso na Constituição Federal, entretanto, nela é possível encontrar fundamentos essenciais que justifiquem a afirmação de existência de tal princípio. Ainda que não seja especificamente o tema da presente pesquisa, o autor destaca a igualdade entre filhos, independentemente da origem, como exemplo, haja vista que a “escolha” pela adoção, que constitui uma filiação socioafetiva, foi alçada ao mesmo patamar da filiação biológica<sup>177</sup>.

Maria Berenice Dias, no entanto, diz que o reconhecimento da união estável como entidade familiar merecedora da proteção estatal, resume o significado da afetividade e a importância do princípio, inserido em seu sistema jurídico, uma vez que tais instituições se formam sem o selo do casamento tradicional.

A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família<sup>178</sup>.

Há que se notar que, com a previsão e a facilidade do divórcio na legislação atual, o afeto, por mais abstrato que seja seu entendimento – ou não – é o que mantém as pessoas unidas, em comunhão de vidas, tornando-se ponto central nas relações conjugais.

“A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares<sup>179</sup>”.

---

<sup>176</sup>*Id. ibid.*

<sup>177</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 71

<sup>178</sup>DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 71

<sup>179</sup>LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 73

Assim, após a breve digressão acerca dos princípios informadores do Direito de Família, sistematizam-se as opiniões favoráveis e contrárias ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

### **3.2. Argumentos em prol da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002**

Em um primeiro momento propõe-se o estudo dos argumentos apresentados por parte da doutrina e da jurisprudência que defende a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

O principal ponto de divergência e de onde resultam muitos argumentos a favor e contra a constitucionalidade do artigo é o fato de ser ou não a união estável equiparada ao casamento. Elisa Costa Cruz explica em seu estudo que a expressão casamento foi compreendida pelo legislador de duas maneiras: como ato jurídico formal constituinte da família tradicionalmente conhecida; ou como relação familiar, decorrente ou não do ato solene exigido pelo Estado. A autora ainda afirma que o reconhecimento das outras entidades como familiares configuram uma mudança na ótica valorativa constitucional e impedem que o legislador conceda tratamento desigual às entidades ali previstas. Resumindo, é como se todas as normas de direitos que fossem dirigidas a uma das entidades familiares deveriam ter como suporte fático as entidades reconhecidas pela Constituição, na qual o casamento é apenas uma delas. A família não deve ser protegida pelo Estado como instituição valorativa, mas como instrumento para a realização da pessoa humana<sup>180</sup>.

A respeito da frase “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, a autora explica que, o casamento, por ter como ato constitutivo um ato solene, traz segurança para as relações patrimoniais e pessoais, entretanto, não teve intenção o legislador de inferiorizar as demais relações, apenas apresentou a opção, para que os companheiros pudessem facilmente a converter, caso fosse de suas vontades.

Paulo Lôbo, por sua vez, examinou a expressão contida na Constituição Federal concluindo que não há margem para que seja interpretada a supremacia do casamento em

---

<sup>180</sup>CRUZ, Elisa Costa. A Constitucionalidade do Direito Sucessório dos Companheiros no Código Civil de 2002. In. Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, nº 53 – abr/mai 2009, p. 46-47

detrimento das demais entidades familiares, pois não se trata de requisito ou condição que subordine sua validade ou eficácia<sup>181</sup>. Na verdade, entende como se fosse um comando ao legislador infraconstitucional para que elimine as barreiras existentes caso os companheiros desejem o casamento. Não havendo a conversão, a proteção jurídica despendida é completa, em respeito ao princípio da igualdade conferido a todas as entidades familiares. A desigualdade de direitos entre cônjuges e companheiros caracteriza-se como sanção pela não conversão da união estável em casamento, pondo fim ao princípio constitucional da liberdade de escolha da entidade familiar, ou até mesmo da pluralidade de instituições<sup>182</sup>.

Ademais, outra reflexão que se faz necessária. Não havendo hierarquia entre as instituições familiares, e sendo a união estável instituto diferente, mas equiparado ao casamento, não seria razoável a diferenciação de tratamento no direito sucessório, haja vista que fere o princípio da igualdade, acima colacionado. A desigualdade de tratamento só é possível quando a necessária para a realização da justiça, quanto ao atendimento das finalidades compatíveis com o ordenamento. Acerca da violação do princípio da igualdade e da decorrente inconstitucionalidade, de maneira genérica, explica José Afonso da Silva:

[...] A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade<sup>183</sup>.

É importante perceber, entretanto, que não há, no texto constitucional, qualquer referência ou elemento discriminatório passível de justificar a diferenciação existente no tratamento infraconstitucional<sup>184</sup>. Outro argumento para fundamentar a opinião de inconstitucionalidade é a afronta ao princípio da vedação do retrocesso. Eliza Costa explica: para os que admitem a existência do referido princípio, ele seria constitucional e implícito. Falar em vedação ao retrocesso significaria, nas palavras da autora:

Impedir que uma norma legal regulamentadora de uma norma constitucional de eficácia limitada programática e atributiva de direito a terceiro seja revogada por outra norma legal sem política substitutiva, ou seja, ela não pode ser revogada sem que a norma revogadora tenha direito igual ou maior hierarquia [...] em outro termos, significa dizer que, havendo regulamentação por lei de uma norma constitucional de eficácia limitada programática, definidora de direito fundamental,

<sup>181</sup> Lôbo, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)> acesso em 17.09.2014.

<sup>182</sup> Lôbo, Paulo. Direito Civil: Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed. 2007. Ed. Malheiros: São Paulo p. 228-229

<sup>184</sup> CRUZ, Eliza Costa. Op. cit., p. 48

ela, de certa forma, adere à Constituição, sendo vedado à legislação posterior suprimir ou reduzir direitos garantidos atingindo seu núcleo<sup>185</sup>.

Neste sentido também é o entendimento de Renato Felipe de Souza que afirma que o artigo 226, § 3º da Constituição Federal é norma programática que se limitou a traçar o dever estatal de proteção da união estável como entidade familiar. Assim, o artigo 2º da lei 8.971/94 regulamentou a norma constitucional programática e equiparou os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, não podendo, então, o legislador retroceder através da edição de leis infraconstitucionais posteriores que diminuam o alcance da norma ou os direitos previstos<sup>186</sup>.

Interessante observação é feita por Maria Berenice Dias ao alegar que a norma é materialmente inconstitucional, uma vez que, enquanto a Constituição obriga o Estado a conferir a proteção à família, o artigo retira direitos anteriormente adquiridos<sup>187</sup>, fazendo justamente o contrário do que estabelecido pela lei constitucional.

De acordo com o pensamento de Paulo Lôbo, a Constituição Federal, no artigo 226, adota o princípio da igualdade entre as entidades familiares, inexistindo qualquer hierarquia entre elas. No mais, são livres as pessoas para escolherem qual instituição mais provável para alcance de determinado desejo ou realização pessoal. As instituições são diferenciadas, porém, não deixam de ser famílias, merecedoras da mesma proteção e direitos. Continua o autor explicando que não há qualquer razão constitucional para a diferenciação existente na legislação infraconstitucional, e que os companheiros não podem ter direito restringidos por terem escolhido uma ou outra, haja vista que a escolha é livre<sup>188</sup>.

No mesmo sentido é o entender de Euclides de Oliveira, que afirma ser discriminatório o tratamento dispensado ao companheiro quando comparado com os direitos e a posição do cônjuge:

Nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento. Foi apenas na sucessão hereditária que isso se deu. Vale repisar que, para fins de alimentos e meação, o companheiro se situa em posição confortável, similar à reservada por lei ao cônjuge. Então, por que haveria de ser distinguido na hora mais difícil de sua existência,

<sup>185</sup> *Id. Ibid.* p. 49

<sup>186</sup> SOUZA, Renato Felipe de. Anotações sobre a inconstitucionalidade do Artigo 1.790, III, do Código Civil brasileiro. In. Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, nº 53, abri/mai 2009, p 11

<sup>187</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 72-73

<sup>188</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 151

quando perde o companheiro por morte e mais necessitaria do amparo social decorrente do direito de herança?<sup>189</sup>

Por vezes, inclusive, a situação fática a qual se encontram os casais são a mesma, diferenciando-se apenas pela existência ou inexistência de chancela estatal e, por não haver qualquer elemento discriminatório no *caput* ou parágrafos do artigo 226, a discriminação existente no plano infraconstitucional afronta a Constituição.

Silvio Rodrigues, entretanto, não trata abertamente a respeito da afronta ou não do dispositivo infraconstitucional à constituição, limitando-se a dizer que

O código civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão<sup>190</sup>.

A jurisprudência, quase que em sua maioria, quando defende a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e, por consequência, o tratamento diferenciado dispensado aos cônjuges e companheiros no direito sucessório, utiliza como argumentos principais as alegações de afronta ao princípio da igualdade. Nesse caso, justificam as decisões afirmando que, apesar de serem institutos distintos, são similares e, uma vez abrangidos pelo conceito de entidade familiar, são merecedores da proteção estatal.

Novamente Paulo Lôbo, quando dotada de inconstitucionalidade a lei é considerada omissa quanto à matéria a qual regulava, e nesse caso, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, o juiz deverá analisar e resolver a situação de acordo com analogia. Dentre as entidades familiares existentes, a que mais se parece com a união estável é o casamento, visto que ambas possuem pressupostos formadores semelhantes (ex: convivência pública, contínua e duradoura; objetivo de constituição de família...) motivo pelo qual os direitos sucessórios dos companheiros devem ser equivalentes ao dos cônjuges, inclusive no que diz respeito à ordem de vocação hereditária e qualificação como herdeiro necessário<sup>191</sup>.

Pode-se observar que os argumentos aqui apresentados são de autores ou estudiosos que entendem ter a Constituição Federal equiparado o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da mesma proteção. Desta maneira, demonstra-se plausível

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de Herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

<sup>190</sup> RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 119

<sup>191</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 152



as alegações de afronta aos princípios constitucionais acima correlacionados, tais quais, o princípio da igualdade, liberdade de escolha, afetividade e dignidade da pessoa humana.

### **3.2.1. Julgados nesse sentido**

Diante das diferenças trazidas pelo Código Civil de 2002 na sucessão do cônjuge e do companheiro, os jurisdicionados ou os próprios julgadores levaram aos Tribunais a discussão sobre a (in)constitucionalidade das disposições relativas à sucessão do companheiro. Há que se perceber, no entanto, que os posicionamentos são diversos e cada Estado tem fixado, via de regra, entendimento por maioria, ou quando há julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade pelo pleno do Tribunal, nem sempre há garantia do entendimento igualitário no Tribunal.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu, na data de 3 de março de 2010, pela declaração da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do CC. No caso concreto, declarou-se inconstitucional a o dispositivo que determinava a concorrência do companheiro com os colaterais.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUCESSÃO DA COMPANHEIRA – ART. 1.790, III, CÓDIGO CIVIL – INQUINADA AFRONTA AO ART. 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EU CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO – NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL – IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO STATUS DE ENTIDADE FAMILIAR – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE.

1. Inconstitucionalidade do art. 1.790, III, Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal.
2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. (TJPR, Incidente de Declaração

de Inconstitucionalidade nº 536.589-9/01, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart, j. em 04.12.2009)<sup>192</sup>.

Do corpo do julgado extrai-se que:

[...] muito embora a Constituição tenha ampliado o conceito de família, para fins de também abarcar aquela decorrente da união estável, bem como ter conferido maior proteção aos companheiros, o casamento e a união estável se mantêm como institutos autônomos e diferentes, o que se pode concluir pelo fato de a Lei Maior dispor que a conversão em casamento deve ser facilitada [...] Não obstante isso, a distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. Outrossim, a legislação infraconstitucional não pode alijar gravemente direitos anteriormente assegurados aos partícipes de entidades familiares, *in casu*, o direito fundamental à herança, assegurado no artigo 5º, XXX da Carta Constitucional. [...] assim sendo, irrelevante o fato de a união estar fundada no matrimônio para se concluir pela existência de esforço mútuo na arrecadação do patrimônio comum. Ora, é preciso outorgar proteção legal não apenas a família de direito formalmente constituída, mas também à família de fato, em decorrência do princípio da equidade, mormente porque ambas são pautadas na solidariedade e no afeto, bem como dotadas de dignidade e respeito.

A partir da leitura dos argumentos utilizados pelo relator, nota-se que, apesar de constar na ementa que a declaração de inconstitucionalidade é do artigo 1.790, inc. III; a justificativa utilizada em todo o corpo do acórdão pode embasar uma decisão que conclua pela inconstitucionalidade de todo o artigo referido.

Da mesma maneira, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, já decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790. Os argumentos apresentados são semelhantes aos apresentados pelo Tribunal de Justiça do Paraná: em síntese, que o mencionado inciso cria diferenças sucessórias entre cônjuges e companheiros quando a Constituição não estabelece qualquer distinção. Novamente, é possível observar que, apesar de a arguição de inconstitucionalidade tratar a respeito do inciso III do referido artigo, a fundamentação utilizada é passível de ser compreendida como suficiente para viciar todo o artigo.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRENCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. VIOLAÇÃO À ISONOMIA ESTABELECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENTRE CONJUGES E COMPANHEIROS (ART. 226, § 3º). ENUNCIADO DA IV JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. INCABÍVEL O RETROCESSO DOS DIREITOS RECONHECIDOS À UNIÃO ESTÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA DO

<sup>192</sup>TJPR, Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 536.589-9/01, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart, j. em 04.12.2009.

INCIDENTE. (TJRJ. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, j. em 11.06.2012)<sup>193</sup>.

Ainda neste sentido, impossível deixar de trazer o acórdão Superior Tribunal de Justiça que suscitou o incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do CC. Após discorrer sobre todas as discrepâncias dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, passa a tratar das irregularidades contidas no inciso III do artigo, da seguinte maneira:

[...] diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta daqueles), o companheiro sobrevivente concorre também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos (segundo grau); sobrinhos e tios (terceiro grau); e primos, "sobrinho-neto" e "tio-avô" (quarto grau). [...]

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

- a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;
- b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art.1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do *de cujus* com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;
- c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* ("na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n 9.27888/96, as disposições do art.1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira. [...]

Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02. (STJ. AI no RECURSO ESPECIAL nº 2009/0160051-5, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24.05.2011)<sup>194</sup>.

Do ponto de vista da sucessão do cônjuge, encontrou-se outro argumento na jurisprudência capaz de justificar a inconstitucionalidade do artigo. 1.790 do CC. Importante informar, no entanto, que poucas decisões foram encontradas no sentido, e que na doutrina os autores não levantaram a questão apresentada a seguir.

<sup>193</sup>TJRJ. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, j. em 11.06.2012.

<sup>194</sup>STJ. Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 1135354/PB. Arguição de inconstitucionalidade no REsp 2009/0160051-5; Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª Turma. Julgado em 24.05.2011.

Em decisão de primeiro grau, um magistrado de Minas Gerais decidiu pela inconstitucionalidade do artigo citado, em um caso no qual a companheira buscava concorrer com os descendentes do autor da herança em todos os bens adquiridos na constância da união estável, tendo em vista que o companheiro deveria ter tratamento semelhante ao do cônjuge. Explica-se. O artigo 1.790 do Código Civil prevê a concorrência do companheiro em todos os bens adquiridos por esforço comum durante o tempo de duração da união estável, enquanto o artigo 1.829 do mesmo Estatuto estabelece que o cônjuge sobrevivente somente concorrerá com os descendentes, no regime da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Neste sentido, o magistrado *a quo* entendeu que o artigo seria inconstitucional “pois a Constituição Federal determina a equiparação da união estável ao casamento”, e assim, por ser o regime de bens da união estável o regime da comunhão parcial, a companheira somente teria direito à meação dos bens, e não concorrência com os descendentes nos bens conjuntamente adquiridos.

Ou seja, a conclusão do magistrado foi de que o companheiro, em posição privilegiada ao do cônjuge, deveria ter os mesmos direitos sucessórios do artigo 1.829 CC, deixando de aplicar a regra específica do art. 1.790, CC.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reverteu a decisão, adotando o entendimento de que o cônjuge sobrevivente, quando casado no regime da comunhão parcial de bens, não é herdeiro dos bens particulares do *de cujus*, mas sim dos bens comuns, pondo fim à controvérsia apresentada<sup>195</sup>.

As decisões colacionadas, apesar de não tratarem especificadamente da inconstitucionalidade do artigo em sua integralidade, mostram-se de grande importância para o trabalho. No mais, os julgados mostram a aplicação prática dos argumentos “teóricos” em prol da inconstitucionalidade do tratamento discriminatório entre cônjuge e companheiro.

---

<sup>195</sup> TJMG. Apelação Cível n. 1.0024.07.587262-2/2011, Comarca de Bela Horizonte. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Ana Paula Caixeta j. em 20.02.2014.

### 3.3. Argumentos em prol da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002

Apesar dos argumentos acima apresentados, por ser o assunto polêmico, a doutrina se divide. Assim, sugere-se um estudo das justificativas apresentadas por aqueles que defendem a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e da consequente diferenciação do direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Além da corrente doutrinária que afirma ser a união estável e o casamento, previstos no artigo 226 da Constituição Federal, entidades equiparadas por força do dispositivo legal, há um outro entendimento recorrente na doutrina que alega não haver a equiparação, afirmando, ainda, a primazia do casamento sobre o relacionamento estável. Isto porque, ao final do parágrafo terceiro do art. 226, a Constituição estabelece que a lei infraconstitucional deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Desta forma, muitos estudiosos afirmam que, uma vez que a legislação constitucional determinou que uma instituição fosse convertida na outra, impossível a alegação de que elas seriam iguais ou equivalentes.

Neste sentido é o entendimento de Lucas Pimenta Júdice, que critica a equiparação das relações familiares sob o argumento de que aquilo que é igual, não pode ser convertido, ou seja, se a união estável e o casamento fossem institutos iguais, não disporia a Constituição Federal de maneira a ordenar que a legislação infraconstitucional facilitasse a sua conversão em casamento. Ato contínuo, alega que a equiparação das entidades, sob o prisma constitucional, é inconstitucional, pois é da própria Constituição que emana tal distinção, e acarretaria na anulação do dispositivo legal. Afirma, ainda, que a união estável é uma relação de meio termo entre o concubinato impuro e o casamento, conceituando-a como “relação afetiva permitida, não sabida pelo Estado, mas por ele protegida<sup>196</sup>”.

Eduardo de Oliveira Leite explica que a diferenciação do cônjuge e do companheiro prevista no art. 1.790, CC, é correta, pois de acordo com o texto constitucional:

O novo Código, pois, frisa-se, não retrocedeu, mas endossou e, de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento, quando é sabido, e bem sabido, que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas. Para tanto [...] basta considerar o claríssimo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição de

---

<sup>196</sup>JÚDICE, Lucas Pimenta. O retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros: uma visão constitucional-civil dos institutos no âmbito sucessório. *In*. Revista IOB de Direito de Família. v. 12, n. 54, jun./jul. 2009, publicação periódica, Porto Alegre: Síntese, p. 74-75

1988. Ali se lê, com todas as letras: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”<sup>197</sup>.

Em outro momento, o autor explica que o legislador infraconstitucional não poderia optar pela equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, pois vinculado ao disposto na Constituição Federal:

[...] vale a ressalva que, na realidade, o legislador não poderia ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, uma vez que jungido à hierarquia legislativa, sua margem de manobra sempre está vinculada ao princípio constitucional que, no caso, não quis estabelecer qualquer equivalência<sup>198</sup>.

O argumento acima apresentado, de que a Constituição Federal não igualou nem equiparou as entidades familiares, é o mais utilizado pelos Tribunais de Justiça, se não o único, para fundamentar julgados que não reconhecem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Da mesma maneira, os desembargadores afirmam que o fato de haver disposição constitucional no sentido da conversão da união estável em casamento é suficiente para que se perceba que não houve a equiparação, e por este motivo não há que se falar em direitos iguais ou violação do princípio da igualdade.

Lucas Júdice rebate as alegações de violação do princípio da igualdade, afirmando que se assim o fosse, as relações monoparentais, (parágrafo 4º do artigo 226 da CRFB) também são entidades familiares, mas que nem por isso requer-se aplicação analógicas das regras sucessórias do casamento à essas famílias. No mais, subdivide o princípio da igualdade em igualdade formal e material. A primeira teria como condão a igualdade de todos, indistintamente, o que por vezes resulta em injustiças sociais. A igualdade material, segundo o autor, observa as peculiaridades de cada caso, tratando diferentemente os desiguais com intuito de alcançar a igualdade social<sup>199</sup>. Apesar das colocações, explica que entende não ser inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, no entanto, por apresentar lacunoso e falho, admite que há necessidade de uma revisão normativa, colocando novamente contra a equiparação irrestrita de direitos<sup>200</sup>.

Quando considerados os argumentos apresentados, e levando-se em conta que para estes autores o casamento e a união estável são institutos demasiadamente diferenciados, por força da Constituição Federal, não é possível a alegação de desrespeito ao princípio da

<sup>197</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51

<sup>198</sup> *Id. Ibid.*, p. 55

<sup>199</sup> JÚDICE, Lucas Pimenta. Op. cit., p. 77-79

<sup>200</sup> *Ib. Ibid.* p. 81

igualdade, pois não há igualdade a ser considerada, e de difícil alegação a violação ao princípio da igualdade e liberdade, pois cada cidadão tem a opção de constituir a família da forma que quiser, em detrimento das consequências jurídicas a serem enfrentadas.

### 3.3.1. Julgados nesse sentido

Da mesma forma como foi dito anteriormente, na tentativa de enfrentar as distinções apresentadas pelo Código Civil, tanto aqueles que estão sujeitos à lei, como aqueles que têm o dever de legal de aplicá-las e mostram-se preocupados em suprimir as desigualdades ou em aplicar a letra da lei, justificando em todos os momentos seus votos e decisões. As decisões apresentadas a seguir foram proferidas com intuito de preservar as determinações legais, justificando o porquê da legalidade/constitucionalidade do direito sucessório não ser o mesmo tanto para cônjuges quanto para companheiros.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n. 70029390374, por sua Corte especial, entendeu pela constitucionalidade do artigo, pelos argumentos que serão a seguir expostos.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A CR não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das reações jurídicas patrimoniais decorrentes da união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz de critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE POR MAIORIA (TJRS. Tribunal Pleno, Rel. Des. Leo Lima, Inc. de Inconstitucionalidade n. 70029390374, julg. 09.11.09)<sup>201</sup>.

É possível perceber com clareza o argumento acima apresentado na leitura do voto proferido pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, no Incidente de Inconstitucionalidade acima:

Ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, distinguiu o Constituinte o casamento e a união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional entre a união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional

<sup>201</sup> TJRS. Incidente de inconstitucionalidade n. 70029390374, Tribunal Pleno, Relator vencido Leo Lima, Redator para acórdão: Maria Izabel de Azevedo Souza. Julgado em 09.11.2009.

entre a união estável e o casamento. Tivesse assim feito, não seria necessária a sua conversão em casamento, se assim fosse de interesse das pessoas. Teriam status de casadas todas as pessoas que mantivessem união estável. Não é, contudo, assim, [...]. A crítica que pode ser feita ao referido dispositivo legal, contudo, não leva a sua inconstitucionalidade. Trata-se de escolha do legislador. Outros dispositivos do Código, inclusive, no campo sucessório podem ser, também, criticados, como a que considera herdeiro necessário o cônjuge casado sob o regime convencional da separação de bens.

Antes, no entanto, do pleno se manifestar pela contrariedade da aplicação igualitária de direitos, outros julgados haviam se manifestado pela inconstitucionalidade. Porém, após a decisão supramencionada, a maioria das decisões vem respeitando o entendimento adotado pelo Tribunal:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS.

O art. 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloqüente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades.

Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (TJRS. Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, Órgão Especial, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 24. 02. 2014)<sup>202</sup>.

Via de regra, todos os julgados apoiaram-se na Constituição Federal para justificar a desigualdade de tratamentos, pois, conforme se extrai do corpo dos julgados e suas ementas, no momento em que a própria Constituição estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, temos que os dois institutos são diferenciados, e por este motivo, não há equiparação constitucional dos dois institutos.

Outro Tribunal que reconhece a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil é o Tribunal de Justiça de São Paulo.

União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e

<sup>202</sup> TJRS. Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, Órgão Especial, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 24. 02. 2014.



ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido. (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0434423-72.2010. Comarca de São Paulo, Órgão Especial. Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 14.09.2011)<sup>203</sup>.

No corpo do acórdão, o relator refere-se ao seu posicionamento em outro incidente de inconstitucionalidade de número 990.10.359133-0, justificando a constitucionalidade do supracitado artigo, conforme segue:

Equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e dever dos cônjuges”.

Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. ora não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência.

Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e 1.790.

O desembargador relator ainda faz das palavras do Desembargador Barbosa Moreira (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) as suas, ao afirmar que a situação jurídica conferida a união estável não é equiparada ao casamento. Isto porque, se assim fosse, as diferenças entre união estável não formalizada e o casamento desapareceriam; e porque não há necessidade a conversão de uma coisa em outra quando há igualdade. Assim, sendo desiguais as instituições, a Constituição prevê a possibilidade de conversão de uma entidade em outra.

Seguindo outra linha de raciocínio e outros argumentos para aplicação do artigo 1.790 do CC, do Recurso Especial n. 1.117.563-SP (2009/0009726-0), é possível extrair o posicionamento da Ministra Relatora Nancy Andrighi. No caso em questão, o falecido, no momento da morte, deixou como herdeiras a filha havida em primeiro casamento e uma companheira, com a qual vivia por mais de 30 anos. Após aplicação do art. 1.790 na partilha, a filha interpôs recurso argumentando que a divisão determinada anteriormente concederia à companheira mais direitos sucessórios do que se ela tivesse contraído matrimônio com o *de cujus* pelo regime da comunhão parcial. Delimitando a controvérsia, o foco da questão era a interpretação conjunta dos artigos: 226, § 3º da Constituição Federal que trata da proteção

<sup>203</sup> TJSP. Arguição de Inconstitucionalidade n. 0434423-72.2010. Comarca de São Paulo, Órgão Especial. Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 14.09.2011.

legal da união estável; 1.725 do CC, que equipara, para efeitos patrimoniais, o regime da união estável e do casamento com o regime de comunhão parcial; art. 1.790 do CC que possui a regra específica de sucessão na união estável e 1.829 do CC que regula os direitos sucessórios do casamento.

Nesse contexto, a exposição das teorias existentes para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02, assume importância para se apurar se realmente a regra do art. 1.790 é, para a companheira, mais vantajosa que a disciplina de sucessão do cônjuge.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra da sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que o regime da União Estável seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do ponto de vista global. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável [...]

Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens aferíveis, não no momento da sucessão, mas durante a relação mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. É temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sobre o regime da união estável sob o regime do casamento. as variáveis são muito numerosas. [...]

Isto porque, ao lado das três correntes supra mencionadas, todas elas são insatisfatórias para solucionar a perplexidade que este processo suscita, é necessário se estabelecer ainda uma quarta, mais inovadora, baseada na ideia de que a vontade do cônjuge, manifestada no casamento, deve ser tomada em consideração também no momento de interpretar as regras sucessórias. [...]

A melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. [...]

Especificamente para os fins do processo sob julgamento, a adoção dessa quarta linha de pensamento retira, de maneira integral, os fundamentos da irresignação da recorrente<sup>204</sup>.

Em suma, pretendeu-se demonstrar que a maioria dos julgados assentando a constitucionalidade do referido artigo fundamentam sua conclusão no entendimento de que não há equiparação pela Constituição Federal das entidades familiares, e que, pelo contrário, a própria Constituição estabelece a diferença, pela qual se torna inviável que a lei infraconstitucional conceda os mesmos direitos às instituições.

---

<sup>204</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.563 – SP (2009/0009726-0). Rel. Min. Nancy Andrighi., j. em 17.12.2009.

Por fim, sendo certo que nenhum ramo do Direito é totalmente desvinculado dos princípios fundamentais, sob pena de desrespeito à CRFB, temos que o direito sucessório do companheiro deve dialogar e acompanhar as disposições do ordenamento constitucional. A CRFB não igualou união estável ao casamento por serem, de fato, instituições diferenciadas, entretanto, o *caput* do art. 226 estabelece o dever de proteção do Estado para com essas famílias sem qualquer distinção. Apesar de a principal diferença residir na maneira de sua formação, chancelando o Estado ou não a união, há uma igualdade fática das relações, uma igualdade perante a sociedade, e comprovada a existência da instituição familiar, qualquer discriminação pode ser considerada afronta ao princípio da igualdade, entre outros.

## CONCLUSÃO

Após o breve estudo realizado, não restam dúvidas de que a família passou por profundas modificações ao longo dos anos como consequência das evoluções sociais. Com o passar do tempo, o casamento deixou de ser a única forma de entidade familiar existente, ainda que fosse o único digno de proteção do Estado até poucos anos atrás, e assim, muitas pessoas optaram por viver de maneira livre, guiadas pelo afeto, sem que houvesse a necessidade da chancela estatal para constituir aquilo que muitas vezes já havia se formado muito antes.

No entanto, da mesma forma que acontece no casamento, a união estável se dissolve, seja através do rompimento, seja pela morte do companheiro. Historicamente, a família era patriarcal, logo, a mulher permanecia ao lar e era mantida pelo companheiro, a quem cabia o sustento e a guarda da casa. Na ocasião da morte destes companheiros, estas mulheres ficavam desamparadas, vez que o direito brasileiro não as conferia direitos dignos da entidade familiar que havia sido constituída.

Percebendo esse desamparo legal e as injustiças que dele resultavam, o constituinte de 1988 promoveu ao reconhecimento das famílias resultantes da união livre, instituindo ainda preceitos fundamentais, dignos de um Estado Democrático de Direito, que devem ser observados pelo legislador infraconstitucional. Trata-se do reconhecimento da pluralidade das formas familiares, segundo o qual os mais variados núcleos familiares deixam de estar à margem da sociedade para integrá-la em igual proporção. Nestes termos, possível ainda afirmar que há uma valorização do afeto pelo ordenamento pátrio, pois as famílias fundadas exclusivamente neste vínculo tão frágil são igualmente merecedoras da proteção conferida ao matrimônio, sendo vedada a conduta estatal que contrarie a disposição constitucional.

Através das Leis 8.971/94 e 9.728/96, buscou-se uma regulamentação da união estável em plano infraconstitucional, as quais estabeleceram os requisitos essenciais à formação da união estável e uma série de direitos semelhantes aos previsto no Código de 1916 aos cônjuges, como direito a alimentos, direito real de habitação, meação e dever de assistência, por exemplo. Código Civil de 2002, no entanto, elencou em seu artigo 1.723 diferentes requisitos para caracterização da união estável, dentre os quais não mais se previa o decurso do tempo, mas fazia-se necessária a convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família. Além desses requisitos o Código ainda estabelece que é necessário que

não haja impedimento legal ou matrimônio civil válido. Esses pressupostos, na verdade, são de suma importância, caso contrário, qualquer namoro ou relacionamento a curto prazo poderia ser considerado como relação de companheirismo.

O questionamento que se faz necessário, na verdade, é a respeito da equivalência destas entidades familiares pela Constituição de 1988.

No âmbito do Direito de Família, previu o Código Civil iguais direitos para as duas instituições, aplicando-se, inclusive, as regras do casamento à união estável quando omissa a legislação. Os companheiros têm direito aos alimentos, dever de criar e proteger a “prole”, o regime legal da união estável é o regime da comunhão parcial de bens sendo permitida a livre escolha de qualquer dos regimes assegurados ao casamento e os deveres da sociedade conjugal são os mesmos. Só há diferenciação legal quanto aos aspectos formais para surgimento da família, uma vez que para a constituição do casamento é necessário o preenchimento de uma série de formalidades para que se obtenha a chancela estatal, enquanto que na união estável elencam-se os pressupostos de convivência contínua, duradoura e pública, além do objetivo de constituir família para sua caracterização.

Quanto ao direito sucessório, bem se viu que os cônjuges e companheiros sobreviventes possuem diferentes direitos. Enquanto o Código de 2002 trouxe inúmeras inovações aos direitos dos cônjuges, acarretando em melhora da situação na qual se encontravam, os companheiros pouco foram lembrados, tendo perdido alguns direitos conferidos pelas leis editadas anteriormente. O companheiro não é herdeiro necessário, só herda os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, concorre em proporções diferentes com os descendentes e ascendentes e, por fim, concorre com os colaterais. Os direitos dos companheiros foram demasiadamente limitados. Apesar de não previstos aos companheiros no Código Civil, pressupõe-se válido o direito real de habitação anteriormente conferido, uma vez que por não haver disposição em contrário, a lei não foi revogada.

Quanto à Constituição Federal de 1988, o *caput* do artigo 226, prevê que a família deve ter especial proteção do Estado. O argumento apresentado por uma série de doutrinadores com intuito de justificar a não equiparação das entidades familiares baseia-se no § 3º do referido artigo, quando estabelecido que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Entretanto, a norma constitucional, de maneira geral não deve ser confundida com parte de um único dispositivo nela contido. Isto significa que o comando

exaurido pela CRFB resultará da conjugação de todos os dispositivos, que não devem ser retirados do contexto da norma. A partir deste pensamento e da leitura integral do artigo 226, percebe-se uma intenção do legislador de conferir tratamento igualitário a todas as entidades familiares.

A simples frase “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” nada mais é do que uma opção oferecida aos casais que assim pretenderem, e não uma inferiorização da união estável.

Há que se considerar que a Constituição prevê igual proteção à ambas as entidades familiares, ainda que não as equipare expressamente. No entanto, dentro de um contexto fático, a relação vivida tanto pelos cônjuges como pelos companheiros é idêntica. Inclusive, há companheiros que se consideram casados, e os cônjuges nunca deixarão de ser companheiros. Nem mesmo a sociedade faz esse tipo de diferenciação atualmente. Neste sentido, não cabe ao legislador infraconstitucional conferir diferentes, melhores ou piores direitos àqueles que escolheram viver de maneira que melhor se adapte a sua realidade ou desejo, até porque a própria Constituição concedeu a esses pares o direito à livre escolha. Esse tratamento diferenciado viola a igualdade das entidades familiares, a dignidade das pessoas que as compõem e promove injustificada intervenção estatal na organização familiar.

Ainda assim, o Código Civil, no momento em que dispôs dos direitos dos sucessórios companheiros em discordância com o que havia sido conferido anteriormente, trouxe ao ordenamento evidente retrocesso social. Os direitos conferidos pelas leis de 1994 e 1996 foram abolidos, direitos estes que mesmo antes da edição das normas, por vezes já haviam sido conferidos pela jurisprudência. Desta maneira, minimamente irônico alegar que as entidades familiares são merecedoras de proteção enquanto tem seus direitos suprimidos. Vale lembrar também que, através de previsão do artigo 5º, inc. XXX, o direito a herança é considerado direito fundamental.

Desta forma, apesar de alguns Tribunais ainda não reconhecerem a inconstitucionalidade do artigo 1.790, o tratamento diferenciado conferido aos companheiros em relação aos cônjuges não possui respaldo na Constituição Federal. Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da norma, sendo a aplicação analógica do artigo 1.829 do Código Civil aos companheiros a solução que, por ora, respeita aos princípios constitucionais aplicáveis à situação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>> acesso em 10.10.2014.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. acesso em 07.10.14

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Brasília, DF: 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>> acesso em 30.jun.2014

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Diário do Congresso Nacional. Poder Legislativo, 24.fev.1891. p. 523. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>> acesso em 30.jun.2014

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 5.jan.1916. Seção 1. p. 133. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>> acesso em 08.08.14.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Seção 1. Página 1. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>> acesso em 30.jun.2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. 19.abri.194. Seção 1. p. 7736. Disponível em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126695/lei-de-organizacao-e-protecao-da-familia-decreto-lei-3200-41#art-24>> acesso em 03.jul.2014.

BRASIL. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. *Diário Oficial da União*. Seção 1. 3.set.1962. Página 9125. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em 08.ago.2014.

BRASIL. Decreto nº 66.605, de 20 de maio de 1970. Promulga a Convenção sobre consentimento para casamento. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 21.mai.1970. Seção 1. p. 378. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-66605-20-maio-1970-408054-publicacaooriginal-1-pe.html>> acesso em 01.jul.2014

BRASIL. Lei nº 5.891, de 12 de junho de 1973. *Altera normas sobre exame médico na habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau*. *Diário Oficial da República*

*Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 15.jun.1973. Seção 1 . p. 5793. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15891.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15891.htm)> acesso em 03.jul.2014.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 31.dez.1973. Seção 1. p. 13528. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm)> acesso em: 30.jun.2014

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em 30.jun.2014.

BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. *Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 30.dez.1994. Seção 1. P. 21041 Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)> acesso em 08.ago.2014

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. *Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Seção 1. 13.mai.1996. Página 8149 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)> acesso em 08.08.2014

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 11.jan.2002. Seção 1. Página 1. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> acesso em: 30.jun.2014

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. *Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>> acesso em 01.jul.2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instrução Normativa nº 14, de 07 de janeiro de 2013. *Dispõe sobre o reconhecimento e registro da união estável no âmbito do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/instrucao\\_normativa/instrucao\\_normativa\\_14\\_07012013\\_17012013185714.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/instrucao_normativa/instrucao_normativa_14_07012013_17012013185714.pdf)> acesso em 15.jul.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.07.587262-2/2011, Comarca de Belo Horizonte. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Ana Paula Caixeta j. em 20.02.2014. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119401370/apelacao-civel-ac-10024075872622001-mg/inteiro-teor-119401416>> acesso em 24.09.14.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 536.589-9/01, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart, j. em 04.12.2009. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/jurisprudencia-tj->



pr/85863/IGUALDADE+ENTRE+COMPANHEIRO+E+CONJUGES+NA+SUCESAO>  
 acesso em 17.09.2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, j. em 11.06.2012. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/134852004/pleno-do-tjrj-reconhece-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-cc-sucessao-do-companheiro>> acesso em 17.09.14

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Incidente de inconstitucionalidade n. 70029390374, Tribunal Pleno, Relator vencido Leo Lima, Redator para acórdão: Maria Izabel de Azevedo Souza. Julgado em 09.11.2009. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70055441331%26num\\_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+Incidente+de+Inconstitucionalidade+n.70029390374++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055441331%26num_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+Incidente+de+Inconstitucionalidade+n.70029390374++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris)> acesso em 10.10.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Especial, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 24. 02. 2014. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70055441331%26num\\_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+inconstitucionalidade+art.+1.790++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055441331%26num_processo%3D70055441331%26codEmenta%3D5682191+inconstitucionalidade+art.+1.790++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055441331&comarca=Jaguari&dtJulg=24/02/2014&relator=Rui%20Portanova&aba=juris)> acesso em 10.10.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Arguição de Inconstitucionalidade n. 0434423-72.2010. Comarca de São Paulo, Órgão Especial. Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 14.09.2011. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> acesso em 16.10.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.563 – SP (2009/0009726-0). Rel. Min. Nancy Andrighi., j. em 17.12.2009. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=918837&sReg=200900097260&sData=20100406&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=918837&sReg=200900097260&sData=20100406&formato=PDF)> acesso em 16.10.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 1135354/PB. Arguição de inconstitucionalidade no REsp 2009/0160051-5; Rel. Min. Luis Felipe Salomão – quarta turma. Julgado em 24.05.2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no->

recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj/inteiro-teor-21120938> acesso em 12.10.2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.090.722 de São Paulo, 2.mar.2010. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=915060&sReg=200802073502&sData=20100830&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=915060&sReg=200802073502&sData=20100830&formato=PDF)> acesso em 17.jul.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> acesso em 05.jul.2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. No regime da separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. Disponível em <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0377.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm)> acesso em 20.08.2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável*. Revista da EMERJ, trimestral, número especial, parte II, jul 2002 a abri de 2003, p. 207. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/anais\\_onovocodigocivil/anais\\_especial\\_2/Anais\\_Parte\\_II\\_revistaemerj.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj.pdf)> acesso em 03.09.14

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. V. 5 – São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Elisa Costa. A Constitucionalidade do Direito Sucessório dos Companheiros no Código Civil de 2002. In. Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, nº 53 – abr/mai 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> acesso em 01.jul.2014

DIAS, Maria Berenice. *União Estável*. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_uni%E3o\\_est%E1vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf)> acesso em 15.jul.2014.

DIAS. Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do Art. 1.829 do CC: algumas interrogações*. Nota de rodapé n. 3. In. Curso de Direito das Sucessões. Organizador Douglas Phillips Freitas. Blumenau, Nova Letra: 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas C, BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *União Estável: direito sucessório e Questões Processuais*, in *Revista Síntese Direito de Família*, v. 12, n. 64, fev/mar. 2011. Publicação Periódica Bimestral, p. 11.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 5: Direito de Família, 24 ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009

FREIRE, Reinaldo Franceschini. *Concorrência sucessória na união estável*. Curitiba: Juruá, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil*, v. 6: *Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. *Sucessões – 13 e. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Inovações e desacertos no novo Direito Sucessório*. Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/VII%20Congresso%20-%20MINICURSO%20de%20SUCESS%C3%94ES.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/VII%20Congresso%20-%20MINICURSO%20de%20SUCESS%C3%94ES.pdf)> acesso em 19.08.2014

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico 2010. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.pdf>> acesso em 11.jul.2014.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V: Enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> acesso em 03.07.14

JÚDICE, Lucas Pimenta. *O retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros: uma visão constitucional-civil dos institutos no âmbito sucessório*. In. Revista IOB de Direito de Família. v. 12, n. 54, jun./jul. 2009, publicação periódica, Porto Alegre: Síntese.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado*, v. 6: *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias* – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva

LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)> acesso em 17.09.2014.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável: análise sociológica*. 1º ed. (ano 2003), 3ª tir./Curitiba: Juruá, 2005.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo código civil brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2003

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 6: direito das sucessões. 37 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: SARAIVA, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. *Curso de direito das sucessões*. Organizador Douglas Phillips Freitas. Blumenau: Nova Letra, 2006

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro IV, Título 94. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p947.htm>> e <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p948.htm>> acesso em 08.ago.2014

PERALTA, Barbara Heliodora de Avellar. *A sucessão do companheiro face à ausência de norma dispositiva focada na concomitância de filhos comuns e exclusivos do falecido*. In. Revista IOB de Direito de Família, ano IX, n. 52, fev-mar. 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Direito de Família*, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PROJETO DE LEI n. 6.960/2002. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9F02392141E8](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F02392141E8)>

2D48B3C86D80E61EDB15.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>  
acesso em 13.08.2014.

PROJETO DE LEI n. 674/2007. Disponível em  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3B34E928A9D9A2ABD7BE506419937F19.proposicoesWeb2?codteor=449928&filename=PL+674/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B34E928A9D9A2ABD7BE506419937F19.proposicoesWeb2?codteor=449928&filename=PL+674/2007)>  
acesso em 04.09.2014

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das sucessões, volume 7*. 26 ed. ver. E atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil*. Disponível em <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)> acesso em 13.08.2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. 2007. Ed. Malheiros: São Paulo.

SOUZA, Renato Felipe de. *Anotações sobre a inconstitucionalidade do Artigo 1.790, III, do Código Civil brasileiro*. In. Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, nº 53, abri/mai 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)> acesso em 17.09.14

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. Coleção direito civil, v. 7. 9 ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 2.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das coisas*, vol. 4. 13 ed. atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011